This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

German
1.50

[illegible]D A T

[illegible]ECHT

[illegible]HES RECHT

[illegible]AGISTERS
[illegible]ACULTÄT
[illegible]DORPAT

Roman
926
S.

[redacted] philosophischen Facultät

[redacted] von: Dr. C. Erdmann.

[redacted] 12,1873.

ertrages bietet

giebt es ein

annigfachsten

trat hier die

zu den Forde-

wechselseitiger

rzeugen.

reng formalen

er er begleitet

mähliche Fort-

des römischen

lassten strictum

den Weltreich

en der Völker

nach Freiheit

ften zulässige

itenstück der

Interesse des

eihe von Aus-

ren Wirkungen

hr dem Gläu-

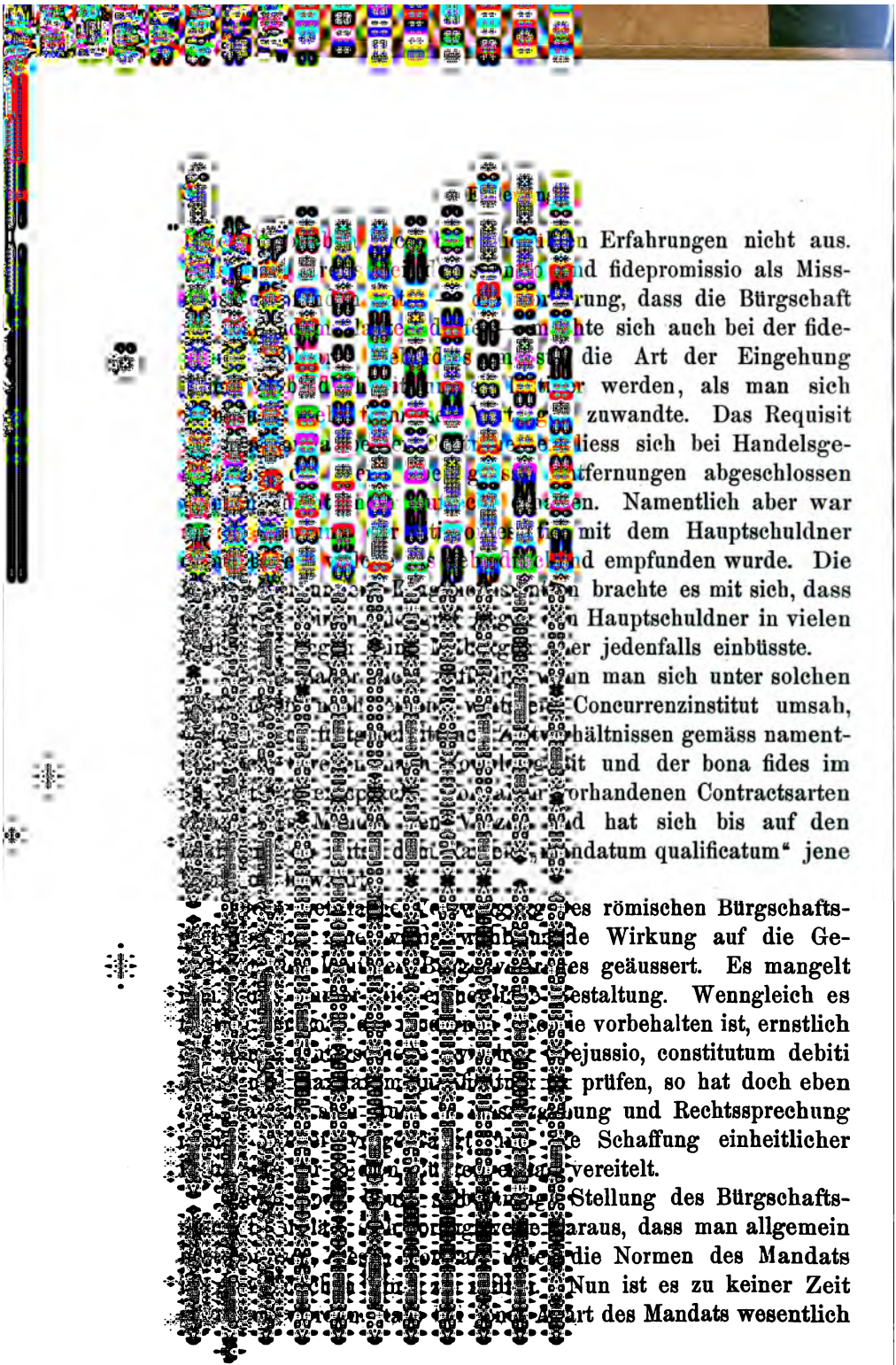
entsprechende

girenden Bürg-

engen Gesetze

diesen stricten

heit gewährte.

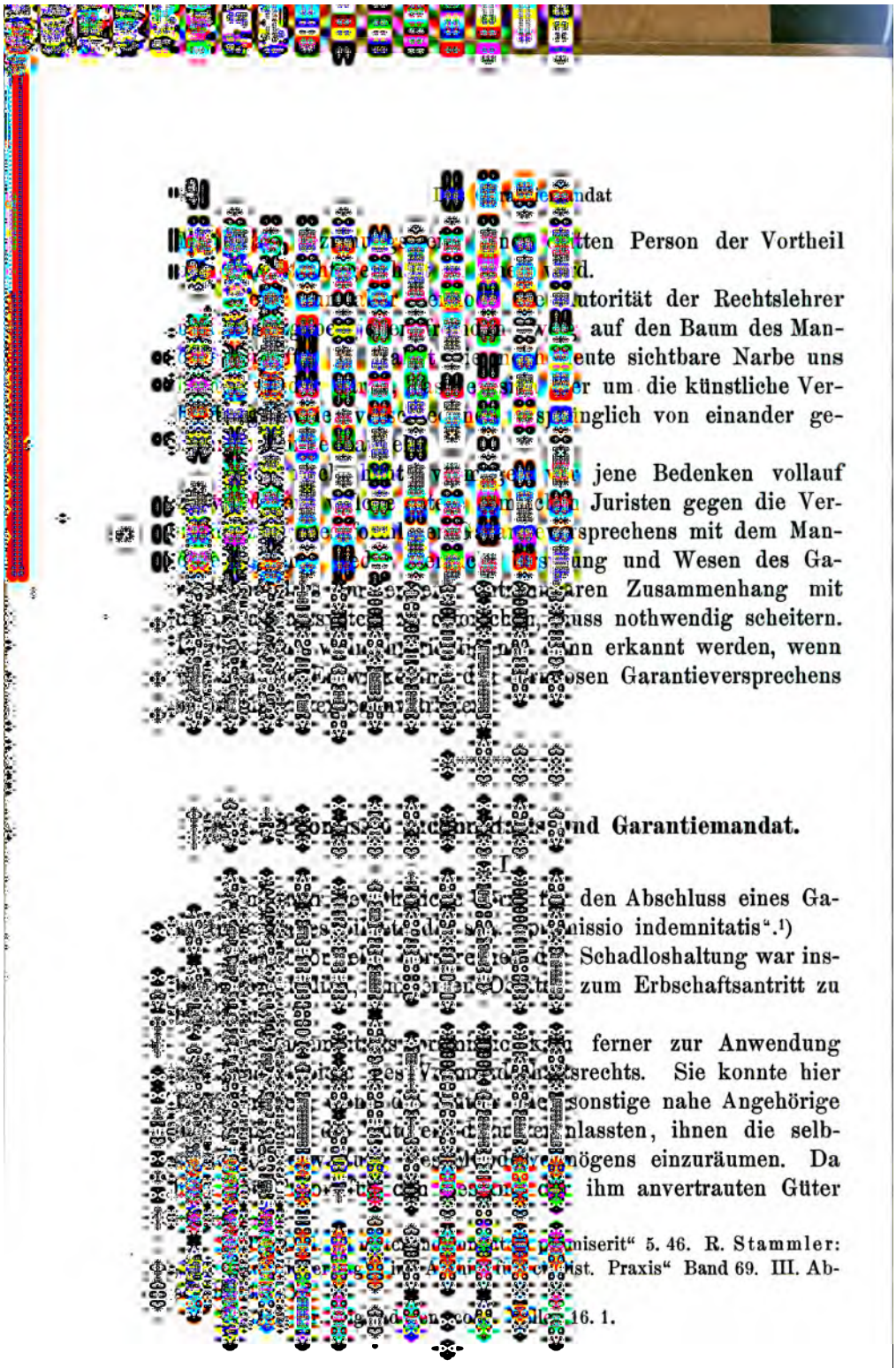


bloss in das
chts desto we-
tsinstituts sich
Sache fremden
Bemühungen
ncipiellen Ab-
lmässigen Bil-
doch ihrer Be-

, während das
nden ein Con-
em Abschlusse
und dem ent-
übernommenen
Garantiemandat

Versprechen des
me er einseitig
iner Gebunden-
Mandatars zur
ern also nicht
stände hinzu-
dati directa auf
des vermögens-
ant hat in Be-
r einsteht, kein
ii, — nur dass
nt überschritten
ann wieder die

Mandatars gegen den
wie bereits er-
Rechtsgeschäfts,
men hat, kein
dennoch dem
eit wahren, so
des Mandanten
sondern dem



e er natürlich
von der Ver-
dass man ihn
directa sicher

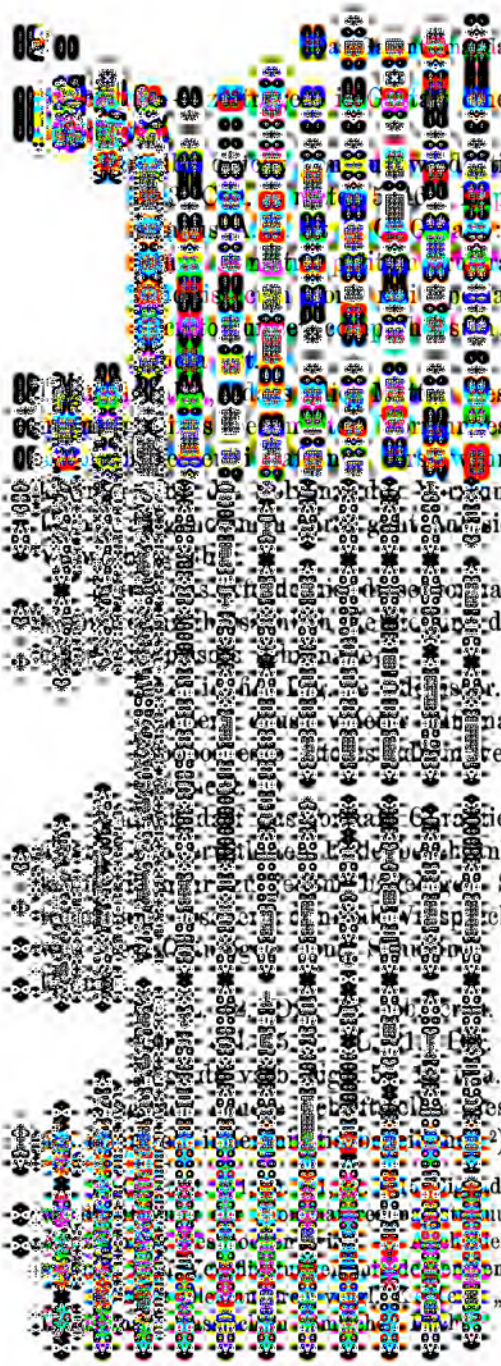
ad sen. cons.
tit. XI. § 2.[1])
tatis promissio
erwaltung des
sie den Tutor
stimmt — z. B.
den gehörigen
e zugleich die
iste übernimmt.
Vellej. 16. 1.
tatis promissio
übrigens dem

sichtlich seiner

ganz ebenso-
va dem Credit-
empfänger sei
e Haftung des-
cui mutua pe-
aus dieser an
tung des Affir-
Gefahr — das

[1] indemnitatem pro- Hier wäre freilich
u streichen. Vgl.
ris antejustiniani“

rauf aufmerksam,
auch für diesen
Vergleiche damit
welche gleichfalls



er indemnitatis promissio

ig aus

pp. Diocletianus et Maxi-

„Ob tutorem non ido-

a vobis eam teneri con-

aliter ejus periculo dari

, ex ea obligatione ob-

s Pupillen um die Er-

s nachsucht, übernimmt

n eine ausdrückliche Er-

undes einzustehen, in das

sie das „periculum“ seiner

alen Garantieversprechens

des Affirmators derjenigen

r. et nom. 27. 7. Ulpian:

natorum, qui scilicet cum

erint, fidejussorum vicem

tieversprechen keineswegs

nkt gedacht werden. Es

Schuldverhältniss hinzu-

sprechen, dasjenige zu leisten,

nicht werde beitreiben

12. 1. L. 116. Dig. de

de solut. 46. 3. L. 150.

m.

esen Fall ohne Bedenken

[2]), so ist für die Zeit der

d municipal. et de incolis 50. 1,

uum“ für das „periculum“ der

er findet eine Nebeneinander-

n der Fidejussoren statt.

„Ueber Litiscontestation und

Zürich 1827. S. 563 u. ff.

von der fide-

mal dadurch,

Schuldner er-

was vor Ein-

ssio nicht der

Garanten als

zur Existenz

enim sunt duo

, sed Maevius

a Titio (dem

quippe est an

t: denique si

debitor fuisse

“

e hinzuweisen,

echen übliche

er Unterschied

läubiger das-

halten könne

deutung. Der

, in welchem

besondere wie

den Haupt-

langen darf.

schaft, so ge-

obiliarexecution

gegen den

ertes Zahlungs-

om Schuldner

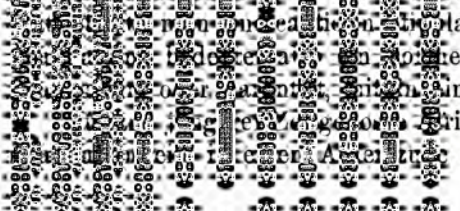
d der Garant

ion in die ge-

cem stipulatus a

a Maevio stipu-

.



cue auf ganz

l. Africanus:
Titio: cum de
e gesta tutela
t suo periculo
nem se eo no-
d.: „*Nec dissi-*
Cum quidam
rstitibus, quo-
us tutor fratri
e vellet, *man-*
esset, abstento
„abstento se

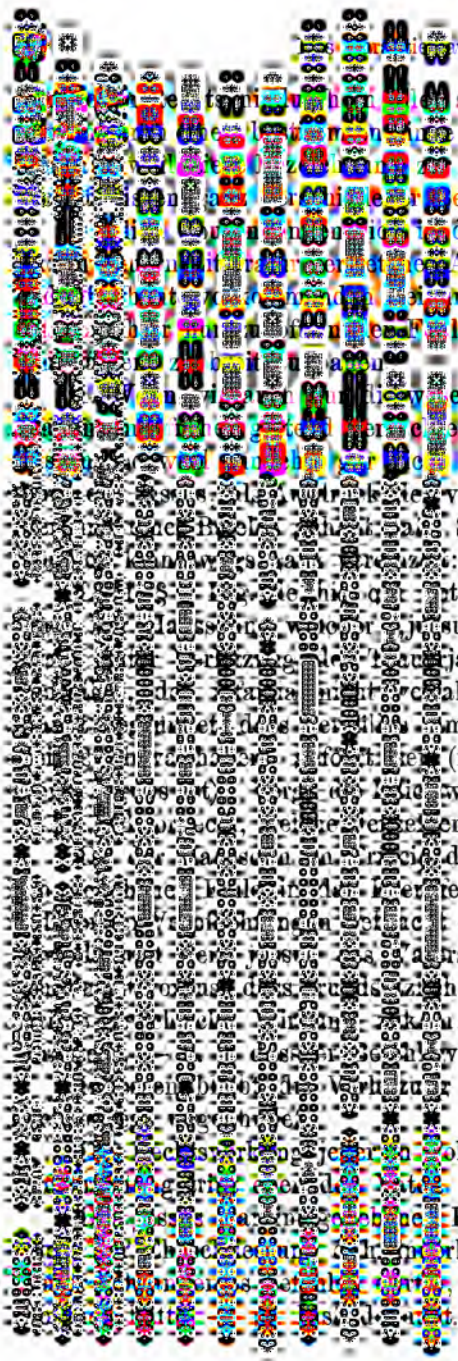
eineswegs Auf-
rbei um einen
ndatsform ge-
Die causa de-
analoges, ein-
uch nur eine

ne eigenartige
abweichende
aben? — Wir
für diese Ent-
in seiner Ver-

us einem

n, dass es ver-
ze System des

§ 2 eod., worauf
mt. — Cf. auch
cht: „*indemnem*



ndat

seinen Entwickelungsstufen

zu interpretiren. — Gerade

Deckung je nach Zeit und

egriffe gedient hat.

den Quellen fast von allen

Auffassungen. Es hat daher

ngen ihre Stützen; indessen

ler verfallen, auf schmalem

entlichsten aller in unseren

n Anschauungen in's Auge

bestritten werden können,

väterlichen Gewalt, die Be-

Spuren hiervon sind in den

tantur infam. 3. 2. erklärt,

su ejus, in cujus potestate

jahres seitens seiner Braut

alle. — Diese Regel wird

milias ja nur dem „jussus“

(nam et qui obtemperavit

worte in L. 1. § 1. eod. und

n Gedanken aussprechen.

delictsfähig ist, so war er

teuer zweier sich entgegen-

— dem Verbot der Staats-

rs. — Ein solcher Conflict

h dem „jussus“ eine gleich-

wie der Vorschrift des

war.

der prätorischen Satzung

olge des jussus begangenen

Falle ertheilt auf dem Ge-

halb einer Sphäre, wo der

der Haussohn aber zu ge-

I. 10. — Daraus erklärt

[illegible] Untergang der [illegible]

[illegible] en Befehles [illegible] ten Gränzen [illegible] bedeutungs- [illegible] bestimmten [illegible] er Fall war. [illegible] ellis 47. 10. [illegible] et.“) Vergl. [illegible]

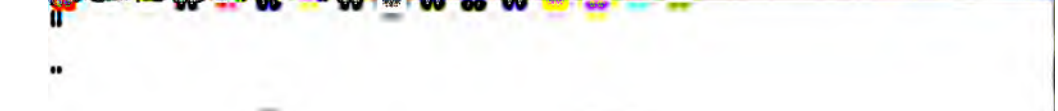
[illegible] sätzlich nur [illegible] gen hiermit [illegible] Horizont als [illegible] wird er in [illegible]

[illegible] jubere des [illegible] en Haussohn [illegible]

[illegible] ist gewiss [illegible]

[illegible] ch in Gestalt [illegible] terworfenen [illegible] Abstand zu [illegible] mische Effect [illegible] gt die Dar- [illegible] jussus beim [illegible] wanges fällt [illegible] it. 6. 24 — [illegible] Wenn ferner [illegible] Kraft eines [illegible] rb oder die [illegible] das zwischen [illegible] rücksichtigt [illegible]

[illegible] ris 6. 61. et [illegible] unt, quibus [illegible]



[illegible] andat

[illegible] rbot des Gewalthabers aus- [illegible] iedenheit über den Antritt [illegible] aft im Keime zu ersticken? [illegible] des jussus mit der tutorum [illegible] m rein äusserlichen Moment [illegible] hereditatis ohne den jussus [illegible] ng indessen gestaltet sich [illegible] weil der Vater (und nicht [illegible] ject aller aus dem Antritt [illegible] rbindlichkeiten aber neben [illegible]

[illegible] beim jussus der Character [illegible] auf solche Handlungen er- [illegible] chtgeber selbst vorzunehmen [illegible] ner vornehmen lässt. Nun [illegible] t der Vater selbst und allein [illegible] rbschaft nicht antreten.

[illegible] ussus als Ermächtigung be- [illegible] r Vornahme eines Rechts- [illegible] sich und in seiner Rechts- [illegible] griffsgemässe Wirkung nicht [illegible] kreis eines Dritten mindernd [illegible] as deshalb ohne den Willen [illegible] werden kann".[1])

[illegible] ssus im Zusammenhang mit [illegible] Haussohn in Frage kommt, [illegible]

[illegible] erlich nicht wahrnehmbare [illegible] sche Character dieses jussus [illegible] ohn eine selbständige Ver- [illegible]

[illegible] konnte der filius familias [illegible] einem Uebergang der Erb- [illegible] chtlich durchaus nichts im [illegible]

[illegible] güterrecht." Tübingen 1876. —

io erfolgten
uldner der
mit seinem

ewiss nichts
ihre For-
hingelangt
ürlich ein
edigung als

fähig blieb,
s, als jussu
ätte ihm ja
n, während
e, sich mit

die Sicher-
n jussus bot
Activa der
sollten.

jussus be-
adjecticiae
er der vom
n Ausdruck.
er in Frage
althaber gar

zusage des
Haussohnes
ine Haftung
gen wir uns
stitoria zwar
englied ge-
icht gerade

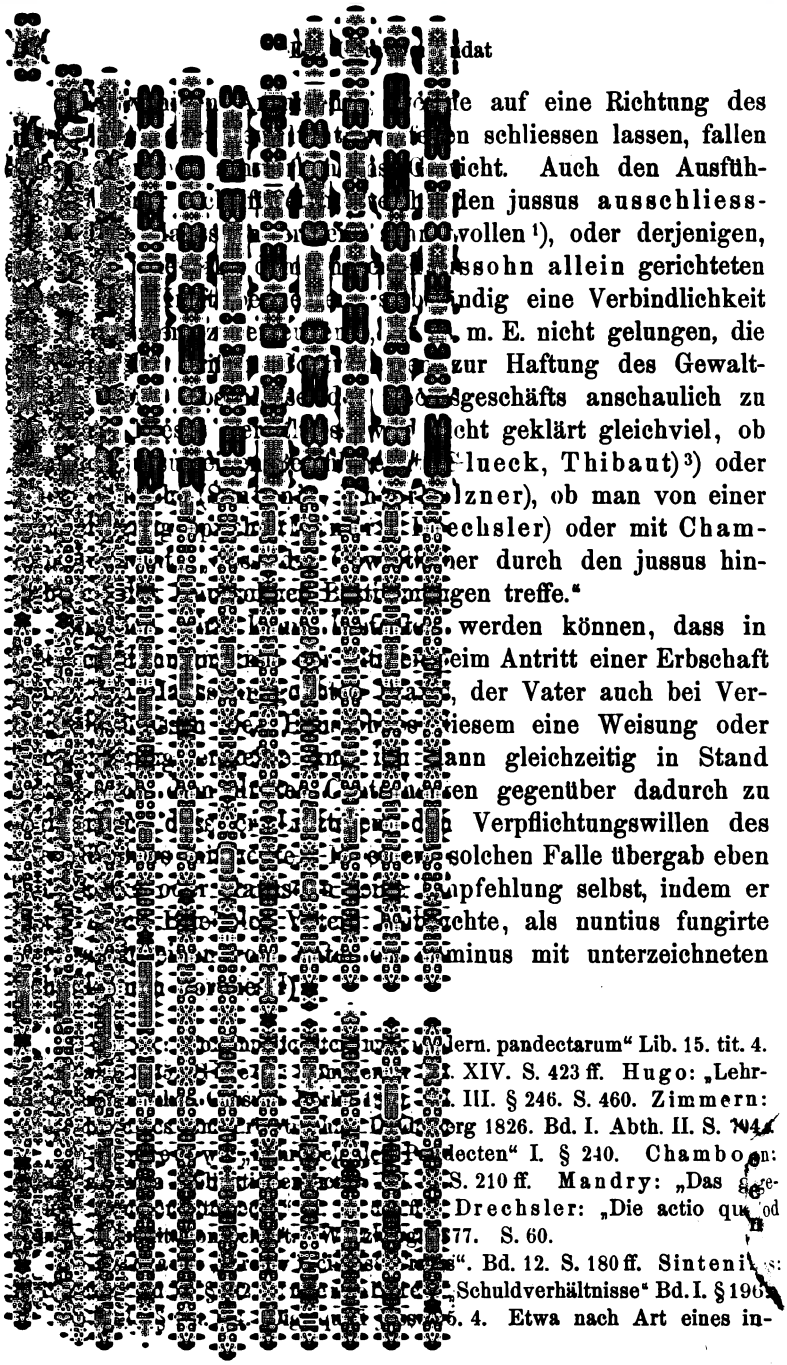
s Haussohnes
d jussu 15. 4.

[illegible] Rechtsge-
[illegible] möglich an-
[illegible] Eigenschaft
[illegible] Verbindlichkeit

[illegible] meint, welcher
[illegible] beim Erb-
[illegible] Ausdruck ge-
[illegible] lag eine Ver-
[illegible] Male zu haften,

[illegible] ist, wenn er
[illegible] en Vater aber
[illegible] der Verpflich-
[illegible] worden ist. Es
[illegible] schliessenden
[illegible] forderung an
[illegible] unterworfenen
[illegible] jenigen Person,
[illegible] den Vertrag ab-
[illegible] eflich, durch
[illegible] betreffenden
[illegible] dem Haussohn
[illegible] d jussu 15. 4).
[illegible] us nach dem
[illegible] ntschieden be-
[illegible] die Zahl der
[illegible] ch[1]), dass es
[illegible] ng mit Erfolg

[illegible] 9. L. 2 pr. § 1. Inst. quod cum § 2. Cod. eod. [illegible] es jussus L. 12. [illegible] ist hierfür be- [illegible] 26. Von neuern [illegible] f. civil. Praxis [illegible] Conhard: „Der [illegible] S. 356.



dat

le auf eine Richtung des
n schliessen lassen, fallen
icht. Auch den Ausfüh-
len jussus ausschliess-
vollen [1]), oder derjenigen,
ssohn allein gerichteten
ndig eine Verbindlichkeit
m. E. nicht gelungen, die
zur Haftung des Gewalt-
geschäfts anschaulich zu
cht geklärt gleichviel, ob
lueck, Thibaut) [3]) oder
lzner), ob man von einer
echsler) oder mit Cham-
ner durch den jussus hin-
igen treffe."

werden können, dass in
beim Antritt einer Erbschaft
, der Vater auch bei Ver-
iesem eine Weisung oder
dann gleichzeitig in Stand
en gegenüber dadurch zu
Verpflichtungswillen des
solchen Falle übergab eben
pfehlung selbst, indem er
Vater Rechte, als nuntius fungirte
minus mit unterzeichneten

ern. pandectarum" Lib. 15. tit. 4.
. XIV. S. 423 ff. Hugo: „Lehr-
. III. § 246. S. 460. Zimmern:
org 1826. Bd. I. Abth. II. S. 704.
decten" I. § 240. Chambon:
S. 210 ff. Mandry: „Das
Drechsler: „Die actio qu od
77. S. 60.
". Bd. 12. S. 180 ff. Sintenis:
Schuldverhältnisse" Bd. I. § 196
6. 4. Etwa nach Art eines in-

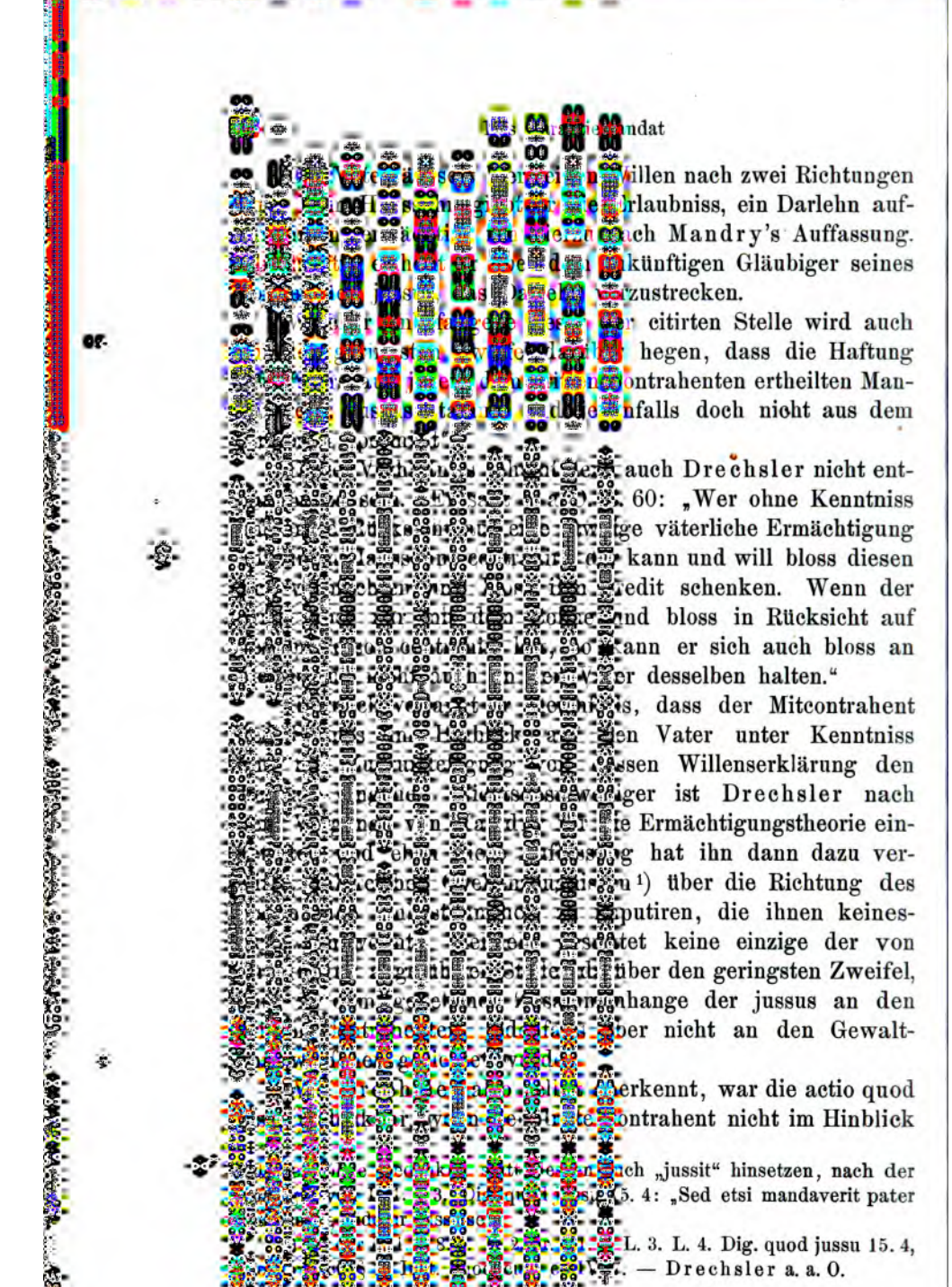
Dieses Verfahren mag namentlich in den Fällen Platz gegriffen haben, wenn der Vater selbst ein Vermögensinteresse am Abschlusse des Vertrages hatte. Wofern also Mandry den jussus — abgesehen von seiner Anwendung beim Erbschaftsantritte — in diesem ganz beschränkten Sinne eine Ermächtigung (oder besser gesagt Weisung) genannt hätte, liesse sich dagegen schwerlich etwas einwenden.

Entscheidend für die rechtliche Wirkung des jussus in der actio quod jussu ist aber die vom Gewalthaber an den dritten Contrahenten mittelbar oder unmittelbar ergangene Willenserklärung. Die letzten Zweifel hierüber beseitigt endgiltig:

> L. 7. Dig. quod cum eo 14. 5. Scaevola libro primo responsorum. „Pater filio *permisit* mutuam pecuniam accipere et per epistulam creditori *mandavit* [1]), ut ei crederet: — — —

dossirten Wechsels. Die von Chambon — a. a. O. Bd. I. S. 213. — über diese Quellenstelle geäusserten Bedenken sind ganz grundlos. Vergl. L. 65. pr. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1, welche die Uebergabe des Empfehlungsbriefes an den Empfohlenen selbst hervorhebt. Dem Gewaltunterworfenen wird der jussus direct ertheilt laut L. 2. Dig. quod cum eo 14. 5. Diese Function tritt noch stärker hervor in L. 7. pr. Cod. ad sen. cons. Maced. 4. 28: „Si filius familias citra patris jussionem vel mandatum vel voluntatem pecunias creditas acceperit . . .“ Hier hat die „jussio“ patris zunächst den Zweck einer eventuellen except. sen. cons. Maced. vorzubeugen. Durch seine Billigung giebt der Vater zu erkennen, dass kein Darlehn in mortem patris eingegangen sei. Eine Haftung des Vaters wird erst in zweiter Linie ins Auge gefasst. Desgleichen hat man auf die Autorität des Theophilus hingewiesen (Vangerow I. § 240. Anm. 1.): Theophilus Paraphrase § 1. IV. 7: Nam si (sc. servus) jussu domini mecum contraxerit, mihique obligatus fuerit, adversus ipsum dominum actionem habebo quod jussu“. — — — Auch diese Stelle wird im obigen Sinne zu erklären sein. Eine ausschlaggebende Bedeutung aber kann ihr um so weniger beigemessen werden, als Theophilus selbst an andern Orten die von mir oben betonte Richtung des jussus hervorhebt. § 5. IV. 7. lautet: — — „veluti contraxi cum servo tuo, neque tuo jussu neque illo praeposito negotiationi terrestri vel maritimae“; ebenso § 8. IV. 7.: Illud autem velut in summa scire debemus si jussu patris vel domini contractus cum eo qui in potestate est, celebratus fuerit — — —. Noch bestimmter drückt sich der griech. Text aus. Daselbst heisst es: „κατὰ κέλευσιν σήν“ — — — „secundum jussum tuum“ statt des matteren „tuo jussu“ und „jussu“ der lateinischen Ausgabe.

[1]) In der lex cit. steht freilich das Wort „mandavit“. Wir können



[illegible] Willen nach zwei Richtungen [illegible] Erlaubniss, ein Darlehn auf- [illegible] nach Mandry's Auffassung. [illegible] künftigen Gläubiger seines [illegible] zustrecken.

[illegible] citirten Stelle wird auch [illegible] hegen, dass die Haftung [illegible] Contrahenten ertheilten Man- [illegible] nfalls doch nicht aus dem [illegible]

[illegible] auch Drechsler nicht ent- [illegible] 60: „Wer ohne Kenntniss [illegible] ge väterliche Ermächtigung [illegible] kann und will bloss diesen [illegible] redit schenken. Wenn der [illegible] und bloss in Rücksicht auf [illegible] kann er sich auch bloss an [illegible] er desselben halten."

[illegible] s, dass der Mitcontrahent [illegible] en Vater unter Kenntniss [illegible] ssen Willenserklärung den [illegible] iger ist Drechsler nach [illegible] e Ermächtigungstheorie ein- [illegible] g hat ihn dann dazu ver- [illegible] n[1]) über die Richtung des [illegible] putiren, die ihnen keines- [illegible] tet keine einzige der von [illegible] über den geringsten Zweifel, [illegible] nhange der jussus an den [illegible] ber nicht an den Gewalt- [illegible]

[illegible] erkennt, war die actio quod [illegible] ontrahent nicht im Hinblick [illegible]

[illegible] ch „jussit" hinsetzen, nach der [illegible] 5. 4: „Sed etsi mandaverit pater [illegible]

[illegible] L. 3. L. 4. Dig. quod jussu 15. 4, [illegible] — Drechsler a. a. O.

auf den jussus des Vaters den Vertrag eingegangen war. Dagegen können wir uns allerdings den Fall vorstellen, dass der Sohn sich aus freiem Antriebe verpflichtete, ohne hierzu durch irgend welche Willens- oder Meinungsäusserung des Vaters veranlasst worden zu sein, während Letzterer gleichzeitig durch jussus an den dritten Contrahenten diesem gegenüber die Garantie für das mit seinem Haussohn abzuschliessende Rechtsgeschäft übernahm. Solches konnte insbesondere dann zutreffen, wenn die actio quod jussu mit der actio de peculio concurrirte[1]), wenn also der Haussohn ein Rechtsgeschäft abschloss, welches zunächst ihn ganz allein anging.

Denn dass die actio quod jussu für Peculienschulden nur eine beschränkte Bedeutung gehabt habe, dafür ist bisher aus den Quellen auch nicht einmal der Schein eines Beweises erbracht worden.

Wenngleich nun das erste Auftreten des jussus und der actio quod jussu im Besonderen einer Zeit angehört, wo das Peculienwesen noch keinerlei Entwickelung aufwies, so ist doch späterhin niemals irgend eine Kategorie der vom Haussohn abzuschliessenden Rechtsgeschäfte von der Einwirkung des väterlichen jussus ausgenommen worden.

Unter der einen Voraussetzung des bestehenden Gewaltverhältnisses ist der jussus eben bei allen Rechtsgeschäften des Haussohnes zulässig[2]).

Dessen ungeachtet hat neuerdings Drechsler nach dem Vorgange von Wilhelm Mueller, Vangerow und Brinz[3])

---

[1]) § 5. Inst. quod cum eo IV. 7.

[2]) Darauf weisen hin L. 1. § 3. Dig. quod jussu 15. 4: Ulpian: „Sed et si mandaverit pater dominusve videtur jussisse" u. bes. L. 9. (8.) Cod. quod cum eo 4. 26. Impp. Dioclet. et Maxim.: „Si mandator pro filio tuo extitisti vel jussu tuo cum eo quem in *potestate tunc habuisti* contractum est, intellegis et sorti et usuris te parere oportere," — — — L. 10. § 2. Dig. de fidej. 46. 1: Ulp. — — et puto ad omnes contractus quod jussu etiam referri. — — — Diese Anschauung wird entschieden vertreten von Thibaut a. a. O. S. 185. Schmid a. a. O. S. 143. ff. Mandry a. a. O. Bd. II. S. 552. und insbesondere von Pernice Labeo. Bd. I. S. 514.

[3]) Wilhelm Mueller: „Civilistische Abhandlungen" N. IV. S. 366. Vangerow: „Lehrbuch der Pandecten" I. § 240. Anm. 2. Brinz: „Pan-

es wieder versucht, das Geltungsgebiet des jussus zu beschränken.

„Der jubens, so lehrt er, könne nur dazu ermächtigen, wozu er selbst die rechtliche Befugniss hat. Nun steht aber dem Vater über bona castrensia, quasi castrensia, adventicia regularia und irregularia keinerlei Dispositionsbefugniss zu. Er kann daher auch keine Ermächtigung zum Geschäftsabschluss in Betreff derselben ertheilen. Aeussert aber der Gewalthaber in Bezug auf dieses Sondergut einen jussus, so intercedirt er in fremde Vermögensangelegenheiten. Dieses ist aber nicht Aufgabe des jussus, vielmehr tritt hier die fidejussio in Kraft, welche nach L. 1. § 5. Dig. quod jussu 15. 4. voraussetzt, dass man als extraneus intervenire. Extraneus ist aber jede Person, welcher der Vermögensgegenstand des Geschäfts rechtlich nicht gehört und sei dieses auch der Vater oder dominus."

Zunächst ist die hier ausgeführte Darstellung der Beziehungen des extraneus zur fidejussio ganz offensichtlich falsch. Die fidejussio setzt keineswegs voraus, dass der fidejussor in dem Sinne extraneus sei, dass ihm die Vermögensgegenstände des Geschäfts, für welches er bürgt, „rechtlich nicht gehören".

Darüber lässt keinen Zweifel zu:

> L. 19. § 2. Dig. de institoria actione 14. 3. Papinianus: „Tabernae praepositus a patre filius mercium causa mutuam pecuniam accepit: pro eo pater fidejussit: etiam institoria ab eo petetur, cum acceptae pecuniae speciem fidejubendo negotio tabernae miscuerit".

Dass aber die durch einen institor, welcher eine taberna des Vaters verwaltet, abgeschlossenen Rechtsgeschäfte den Gewalthaber Nichts angehen und dass der Vater dem Geschäftskreise der taberna in dem von Drechsler bestimmten Sinne als extraneus gegenüberstehe, wird doch gewiss Niemand behaupten. Gleichwohl erscheint hier die fidejussio des Vaters als völlig statthaft.

Wenn demnach die Behauptung, dass eine Intercession

---

decten". 2. Auflage. Bd. II. S. 223 hat diese Anschauung zwar ausgesprochen, dabei aber eine Begründung derselben ganz unterlassen. Sintenis: „Das practische gemeine Civilrecht." 2. Aufl. Bd. II. § 102. Note 91. S. 379.

durch fidejussio seitens des Vaters nur bei den ihm materiell fremden Schulden des Gewaltunterworfenen zulässig sei[1]), sich als unhaltbar herausstellt, so steht es nicht besser mit der Annahme Drechslers, der jussus habe mit der Intercession nichts gemeinsam. Ganz im Gegentheil ist der jussus als Garantieversprechen überaus eng mit der Intercession verwandt, und seine nahe Berührung mit der fidejussio wird in den Quellen wiederholt hervorgehoben.

> Cf. L. 91. § 4. in fin. Dig. de verb. obl. 45. 1. Paulus: „Utique autem principalis debitor perpetuat obligationem: accessiones an perpetuent dubium est. Pomponio perpetuare placet: quare enim facto suo fidejussor suam obligationem tollat? cujus sententia vera est: itaque perpetuatur obligatio tam ipsorum quam successorum eorum. *Accessionibus* quoque suis, *id est fidejussoribus*, perpetuant obligationem, quia in totam causam spoponderunt. § 5. An filius familias, qui jussu patris promisit, occidendo servum producat patris obligationem, videndum est. Pomponius producere putat, scilicet *quasi accessionem intellegens eum qui jubeat*".

Hier werden fidejussio und jussus als „accessiones" einer Hauptobligation nebeneinander gestellt und ganz gleichartig beurtheilt.

Noch kräftiger betont den verwandten Character von jussus und fidejussio Julian:

> L. 2. pr. Dig. de donat. 39. 5: „Si cum filius familias pecuniam donare vellet, patris jussu eam promisit, valet donatio, perinde ac si fidejussorem dedisset."

Der Haussohn wollte aus eigenem Entschluss eine Schenkung machen und hatte zur Bekräftigung seines Schenkungsversprechens einen väterlichen jussus erwirkt. Diesem jussus misst Julian dieselbe Wirkung bei, wie der fidejussio. Die citirte Stelle ist auch in einer anderen Hinsicht interessant. Wir entnehmen hieraus, dass der filius familias, welcher im Begriff stand ein Rechtsgeschäft abzuschliessen, sich wie jeder

[1]) Drechsler a. a. O. S. 89.

andere Hauptschuldner mit dem Gesuch an den Vater wenden konnte, für ihn „per jussum" zu intercediren[1]).

Auf die enge Verwandtschaft zwischen fidejussio und jussus weisen auch L. 9. (8.) Cod. quod cum eo 4. 26. und L. 21. Dig. de administr. et periculo 26. 7. hin. Die zuletzt genannte Stelle braucht sogar den Ausdruck „intercedere" für die Uebernahme der Haftung aus dem jussus. Gleichwohl lege ich hierauf nicht viel Gewicht, da, wie später nachgewiesen werden soll, manche Anzeichen diesen Satz als interpolirt erscheinen lassen.

Behalten wir die angeführten Quellenzeugnisse im Auge, dann gewinnt auch die L. 25. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1, welche vorzugsweise als Argument für eine Beschränkung des jussus auf materiell eigene Rechtsgeschäfte des Vaters in's Feld geführt wird, eine wesentlich andere Bedeutung.

Die Stelle lautet:

> Modestinus: „Si domina servo suo credi jusserit, actione honoraria tenetur. § 1. Quod si pro eo fidejusserit, exceptione senatus consulti Vellejani judicio conventa adversus creditorem tueri se poterit, nisi pro suo negotio hoc fecerit".

Während die oben besprochenen Fragmente fidejussio und jussus mehr von derjenigen Seite, wo sie Uebereinstimmungen aufweisen, beleuchten und ihre gleichartigen Wirkungen besprechen, hat L. 25. cit. die Aufgabe, im Gegensatz hierzu eine wesentliche, principielle Abweichung beider Institute hervorzuheben. Da der jussus als ein Garantieversprechen in Frage kommt, so sah sich Modestinus hier, gleich wie Africanus bei der indemnitatis promissio[2]), veranlasst, die Bedeutung des senatus consultum Vellejanum für dieses Institut einer Erörterung zu unterziehen. Nun kommt die Rechtswohlthat des senatus consultum überall da in Fortfall, wo die Intercession nicht den Character einer Haftung für fremde Schuld trägt, sondern wo es sich wesentlich um eine eigene Verbindlichkeit

[1]) Schon Brinz hat daher, freilich ohne seine Gedanken näher zu begründen, jedoch mit richtigem Tact den jussus „etwas Bürgschaftsartiges" genannt. Cf. Lehrbuch der Pandecten. 2. Aufl. Bd. II. S. 222. Note 32.

[2]) Siehe oben S. 9.

der Frau handelt. Zum Begriff des jussus gehört es aber, dass der zwischen dem Gewalthaber und dem dritten Contrahenten begründeten actio nicht bloss materiell, sondern auch formell dieselbe Obligation zu Grunde liege, wie diejenige, welche zwischen dem Dritten und dem Haussohn resp. Sklaven zu Stande kam. Der jussus macht also die Obligation des Gewaltunterworfenen nothwendig zu einer eigenen des Jubenten. Die Haftung aus dem jussus fiel ihrem Wesen nach somit recht eigentlich unter die Ausnahmen, welche man vom senatus consultum Vellejanum statuirte, gleichwie die in L. 19. eod. tit. von Africanus besprochenen Garantieverträge. Es kommt hinzu, dass der materielle Inhalt der von Sklaven abgeschlossenen Verträge ja nur das Vermögen des Gewalthabers betreffen kann. Ich halte es daher für zweifellos, dass in diesem Zusammenhange von Haussöhnen mit ihrem peculium castrense oder adventicium gar nicht die Rede sein konnte. Gleichwohl dürfen wir nicht vergessen, dass die Vorschrift des senatus consultum Vellejanum stets die materielle Beziehung der Frau zu der fraglichen Obligation in's Auge fasst. Man wird daher keineswegs annehmen dürfen, dass, wenn ein jussus der mulier vorliegt die exceptio senatus consulti Vellejani nun jedenfalls nicht vorgeschützt werden könne. Nur um den regelmässigen Character des jussus handelt es sich hier, um seine gewöhnlichen Wirkungen, die in dubio anzunehmen sind. Hat daher ein Sklave, welcher zwar im Eigenthum einer Frau jedoch im usus fructus eines Dritten steht für den Letzteren ein Darlehn aufgenommen, und überdies von seiner Herrin einen jussus beigebracht, so wird dem Gläubiger, falls er gegen die domina die actio quod jussu anstellen sollte, ohne Zweifel die exceptio senatus consulti entgegengestellt werden dürfen. Mit gutem Grund, weil es sich hier trotz des jussus um eine der Frau materiell fremde Schuld handelt.

Im Gegensatz hierzu ist die fidejussio regelmässig Intercession für materiell fremde Schuldverhältnisse, die exceptio senatus consulti Vellejani greift bei ihr im Zweifel stets Platz. Wegen dieser principiellen Unterschiede also wird hier wie auch in L. 1. § 5. Dig. quod jussu 15. 4. vor einer Verwechslung beider Institute gewarnt.

Ich meine, dass diese Erklärung der L. 25. cit. am besten dem Zusammenhang und dem Rahmen desjenigen Titels entspricht, in welchem sie steht.

Die hier betonte Wirkung der actio quod jussu ist eben in jenen besonderen Verhältnissen zu suchen, wonach die verschiedenen actiones gegen den Jubenten und Gewaltunterworfenen sich stets nur auf eine und dieselbe Obligation stützen, welche formell somit als eine eigene Obligation des Jubenten erscheint und auch materiell seinem Geschäftskreise, sofern namentlich Sklaven contrahiren, anzugehören pflegt. Unter keinen Umständen darf aber hieraus gefolgert werden, dass der jussus sich nun auf materiell eigene negotia des Gewalthabers nothwendig beschränken müsse. Es ist unbegreiflich, dass man aus dieser einzigen Stelle, welche überdies, wie wir gesehen haben, nur vom Vertrage des Sklaven und mit keinem Worte vom Haussohn spricht, so tiefgreifende Consequenzen ziehen konnte, wie die oben erwähnte Ausschliessung des jussus bei Rechtsgeschäften, welche das peculium castrense und adventicium betreffen[1]).

Freilich wenn man von dem Satze ausgeht, der jussus sei eine Ermächtigung des Haussohnes zum contrahiren, so wird man eben unausbleiblich dazu gedrängt, ihm jenen beschränkten Spielraum anzuweisen. — In dieser willkürlich construirten Prämisse liegt dann auch zugleich das vorzüglichste Argument jener erwähnten, irrthümlichen Meinung, für welche sich in den Quellen Belege nicht finden lassen.

Aber auch dem castrense peculium steht der Vater keineswegs als extraneus gegenüber. — Selbst Justinian, der die wirthschaftliche Unabhängigkeit des Haussohnes doch auf das höchste Maass brachte, gestattet in L. 8. § 2. Cod. de bonis quae liberis 6. 61. dem Vater den Antritt einer ex castrensibus occasionibus dem filius familias miles deferirten Erbschaft, welche Letzterer ausgeschlagen hatte — quasi ipse pater ab initio fuisset heres institutus.

[1]) Auch Vangerow a. a. O. I. § 240. Anm. 2. glaubte die L. 1. § 5. Dig. quod jussu u. die L. 25. Dig. ad sen. cons. Vellej. nur unter der Voraussetzung gehörig erklären zu können, dass der jussus sich auf materiell eigene negotia des Gewalthabers beschränke. Ich finde dieses Bedenken unbegründet, da mir die oben angegebene Lösung als die natürlichste erscheint.

Wäre das wohl bei einem extraneus in dem von Drechsler und anderen vertretenen Sinne möglich? Die väterliche Gewalt und ihre Wirkungen bilden eben die einzige Erklärung für diese Erscheinung und nicht minder auch für die Zulässigkeit einer gleichmässigen Ausdehnung des jussus auf alle Rechtsgeschäfte, welche der Haussohn abschliesst ohne jede Rücksicht darauf, ob dieselben dem Gewalthaber materiell fremd sind oder nicht.

Schliesslich haben Vangerow und Mandry[1]), um ihre Ansicht, dass der actio quod jussu ein dem Gewaltunterworfenen ertheilter Befehl (resp. eine Ermächtigung) zu Grunde liege, zu stützen, auf die innere Verwandtschaft hingewiesen, welche die Quellen zwischen der actio quod jussu und der actio institoria und exercitoria hervorheben. Daraus hat dann Mandry auf eine principielle Gleichartigkeit des jussus mit der praepositio geschlossen. Diese Parallele ist zweifellos zulässig, indessen wird sie weit zutreffender nach einer anderen, als der von Mandry eingeschlagenen und von Drechsler beibehaltenen Richtung verfolgt werden können.

Anstatt den jussus wie eine ad hoc vorgenommene praepositio zu beurtheilen, werden wir unser Augenmerk darauf richten müssen, dass die Ernennung zum institor — wie bereits erwähnt wurde — concludent eine Aufforderung an jederman ergehen lässt, mit dem Haussohne oder Sclaven zu contrahiren, und damit zugleich eine Zusage des Gewalthabers umschliesst, mit der actio institoria oder exercitoria zu haften, wofern nur der fragliche Vertrag innerhalb des durch die praepositio festgesetzten Geschäftskreises abgeschlossen sein sollte.

Denselben Gedanken spricht Theophilus aus:

> Paraphrase liber IV. tit. 7. § 8.: „Sed et qui exercitoriam vel institoriam actionem habet, condictionem adversus patrem vel dominum instituere potest, quia *jussu ejus* cum eo qui in potestate erat, contractum

---

[1]) Vangerow: „Lehrbuch der Pandecten." I. § 240. Anm. 1. Mandry: „Das gemeine Familiengüterrecht." II. S. 567. ff.

fuit: diximus enim in superioribus[1]), eum qui aliquem terrestri vel maritimae negotiationi praeponit, *omnibus praedicere videri*, ut *secure* cum praeposito alienae potestatis homine contrahant."

Es lässt sich daher in dem hier vertretenen Sinne sehr wohl sagen, der dritte Contrahent habe mit dem institor oder exercitor „quasi jussu patris oder domini" contrahirt und ebenso, dass sowohl der actio quod jussu als auch der actio institoria „eadem ratio" zu Grunde liege.

Aber trotz dieser einseitigen Aehnlichkeit nimmt eben die verpflichtende Willenserklärung des Gewalthabers bei der praepositio eine ganz andere Richtung als beim jussus. Erstere ist in der That eine Ermächtigung des Haussohnes oder Sclaven zur Leitung eines bestimmten dem pater oder dominus gehörigen Geschäftsunternehmens, nicht so der jussus, welcher in erster Linie ein an den dritten Contrahenten gerichtetes Garantieversprechen ist[2]).

[1]) d. h. in § 2 eod. Vergleiche den griech. Text: „*ὁ γὰρ προϊστῶν τινα, δοκεῖ λαμπρᾷ λέγειν τῇ φωνῇ, ὅτι ἐγὼ τοῦτον προέστησα ὁ βουλόμενος αὐτῷ συναλλαττέτω.*"

[2]) Man prüfe doch nur die von Mandry gegebene Definition der Ermächtigung speciell in ihrer Anwendung auf den jussus, wie er in der actio quod jussu zu Tage tritt. „Ermächtigung", sagt Mandry (a. a. O. S. 105.) „ist die Erlaubniss zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts, das der Handelnde für sich und in seiner Sphäre vornimmt" — — — schon dieser erste Satz erweist sich hier als unanwendbar, da der Haussohn das fragliche Rechtsgeschäft, im Hinblick auf welches der jussus erfolgte, auch für den Gewalthaber allein — nicht für sich und innerhalb der Rechtssphäre des Gewalthabers — nicht innerhalb der seinigen vornehmen kann. (Das ist von Mandry selbst anerkannt worden a. a. O. pag. 553.) „Dieses Rechtsgeschäft", fährt Mandry fort, „kann seine begriffsmässige Wirkung nicht entfalten, ohne in den Rechtskreis eines Dritten (hier des Gewalthabers) mindernd oder belastend einzugreifen und das deshalb ohne den Willen des Dritten nicht vorgenommen werden kann." — Auch dieses trifft hier nicht zu. Das Rechtsgeschäft des Gewaltunterworfenen kann, sofern wir natürlich von den Wirkungen des jussus selbst absehen, sehr wohl bestehen „ohne den Rechtskreis des Vaters auch nur im geringsten zu belasten", was namentlich dann zutrifft, wenn ein Haussohn „ex castrensibus occasionibus" contrahirt. Solche Verträge sind auch vom „Willen des Vaters ganz unabhängig", obwohl dessen ungeachtet sich ein jussus mit ihnen stets verbinden kann. Vergleiche damit L. 19. pr. Dig. de inst. act. 14. 3. Diese Lehre des Papinian wird dann weiter ange-

Diese grundsätzliche Abweichung beider Institute lässt sich äusserlich schon daraus erkennen, dass die actio institoria keineswegs mit der actio quod jussu in dem bekannten „edictum triplex" zusammengestellt ist, vielmehr eine selbständige Behandlung gefunden hat. — L. 1. § 1. Dig. de pec. 15. 1.

Auch Papinian hat jene Verschiedenheit in der Willensrichtung beim jussus und der praepositio betont:

> L. 30. pr. Dig. de neg. gest. 3. 5. Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam: cujus litteras creditor secutus contraxit et fidejussor intervenit: etiamsi pecunia non sit in rem ejus versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fidejussori, scilicet *ad exemplum institoriae actionis?*

Wäre der jussus in der That nur eine Ermächtigung zum contrahiren, läge es da nicht weit näher, für den angeführten Thatbestand eine „actio ad exemplum quod jussu actionis" auch für Verträge mit Gewaltfreien zu befürworten? War doch die actio quod jussu für jedes einzelne selbständige Rechtsgeschäft ohne Weiteres verwerthbar, während bei der actio institoria zuvor das begrifflich mit ihr verbundene Erforderniss der Zugehörigkeit des fraglichen Rechtsverhältnisses zu einem bestimmten Geschäftskreise abgestreift werden musste.

Papinian hatte indessen guten Grund im gegebenen Falle von der actio quod jussu abzusehen. Eben weil sie keine Ermächtigung voraussetzte und nur dann Platz griff, wenn der Verpflichtungswille dem dritten Contrahenten erklärt war, liess sie sich mit dem vorliegenden Thatbestand in keiner Weise verbinden.

Freilich hat auch der jussus in seiner Eigenschaft als formloses Garantieversprechen zum Vorbild für Verträge mit Gewaltfreien gedient. Nach dieser Richtung fand er aber seine Fortbildung im Mandat, welches, wie später gezeigt werden soll, erhebliche practische Vorzüge vor ihm genoss[1]).

---

wandt durch Ulpian in L. 10. § 5. Dig. mand. 17. 1. u. L. 13. § 25. Dig. de act. empti vend. 19. 1. sowie durch Paulus L. 16. Dig. de inst. act. 14. 3.

[1]) Vgl. hiermit die näheren Ausführungen am Schlusse dieses Abschnittes.

Diese grundsätzliche Verschiedenheit zwischen praepositio und jussus hebt in dem hier vertretenen Sinne auch Cujacius — Comment. z. Cod. liber IV. tit. 26. — hervor:

> „Si pater *jubeat filium* accipere mutuam pecuniam pater tenetur utili actione institoria, et cessat quod jussu. — Sed si pater *jubeat creditorem* dare filio pecuniam, tunc competit solum actio quod jussu: *cum pater loquitur cum creditore ipso.*"

Ebenso deutet die in den Quellen betonte Scheidung zwischen jussus und fidejussio auf etwas ganz Anderes hin als Mandry annimmt[1]). „Wäre der jussus Verpflichtungserklärung", lautet seine Begründung, „so würde er inhaltlich mit der fidejussio zusammenfallen: Sätze, die sich für letztere um der Tendenz und des Inhaltes des Geschäftes willen gebildet haben, könnten deshalb nicht für ersteren verworfen werden."

Die von Mandry zur Unterstützung seiner Anschauung angeführte L. 1. § 5. Dig. quod jussu 15. 4. lautet:

> Ulpian: „Quid ergo, si fidejusserit pro servo? ait Marcellus non teneri quod jussu: quasi extraneus enim intervenit: neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa fidejussionis, sed quia aliud est jubere, aliud fidejubere: denique idem scribit, etsi inutiliter fidejusserit, tamen eum non obligari quasi jusserit, quae sententia verior est."

Wollten wir bei Beurtheilung der citirten Stelle von der Mandry'schen Ermächtigungstheorie ausgehen, welche Veranlassung läge alsdann vor, einer Verwechselung des jussus mit der fidejussio entgegenzutreten, wie solches Marcellus und nach ihm Ulpian ganz zweifellos thun? — Die äussere Verschiedenheit beider Institute wäre geradezu von der Art, dass sich etwas Gemeinsames überhaupt kaum herausfinden liesse.

Denn während der fidejussio ein Vertrag mit dem Gläubiger zu Grunde liegt, ist ja nach Mandry der jussus die Ertheilung einer Ermächtigung an den Haussohn, welcher Schuldner werden soll, sich zu verpflichten. — Damit nähme ja die Willensäusserung des Gewalthabers in beiden Fällen grundsätzlich eine verschiedene Richtung. Es ist doch sonst gewiss

[1]) a. a. O. II. S. 568 ff.

nicht die Art der Quellen vor der Verwechselung ganz ungleichartiger Begriffe müssig zu warnen und offensichtliche Gegensätze noch zu betonen.

Denken wir uns dagegen den jussus als eine an den dritten Contrahenten gerichtete Garantiezusage, so tritt dann freilich zwischen ihm und der fidejussio eine starke Aehnlichkeit zu Tage, und es rechtfertigt sich die Besorgniss, dass aus dem einen Rechtsverhältnisse geklagt werden möchte, während doch das andere vorliegt.

Die in L. 1. § 5. Dig. cit. hervorgehobene Scheidung beider Institute oder vielmehr der Klagen aus denselben hat einen, wie ich bereits früher andeutete, rein formalen Grund.

Die fidejussio wurde in Stipulationsform abgeschlossen. Sie erzeugte für den fidejussor eine selbständige Obligation mit accessorischem Character. In der formula der sich hieran knüpfenden actio figurirte von Anfang bis zum Ende als Schuldner nur der fidejussor.

Ganz anders verhält es sich dagegen mit der Haftung aus dem jussus. Diesem liegt kein Vertrag geschweige denn eine stipulatio zu Grunde. Er ist ein formloses einseitiges Versprechen und erzeugt nur eine actio honoraria. Für den Jubenten wird eine selbständige Obligation nicht begründet. Sein Versprechen hat nur die Wirkung, dass zu der mit dem Haussohn abgeschlossenen Obligation noch eine zweite actio gegen ihn hinzutritt. Im Gegensatz zu dieser Stellung des Jubenten lässt sich allerdings der fidejussor in seinem Verhältnisse zum Hauptschuldner als „quasi extraneus" bezeichnen.

In der formula der actio quod jussu nahm man daher auch nur auf die vom Haussohn eingegangene Verbindlichkeit Bezug und richtete jene zunächst hiernach ein, während der Gewalthaber erst in der condemnatio hervortrat [1]).

[1]) Was die Construction der formula betrifft, so sehe ich mich genöthigt in dieser Frage auf die Seite Mandry's zu treten, a. a. O. II. S. 255. und ff. Wir werden allerdings annehmen müssen, dass die actio quod jussu in factum d. h. auf die Handlung der gewaltunterworfenen Person concipirt wurde, auch da wo die Verpflichtung selbst eine Formulirung der Klage in jus gefordert hätte. Anderer Meinung freilich sind Keller: Litiscontestation und Urtheil S. 4. 20. u. ff. und Lenel: Edictum perpetuum S. 222. Letztere Auffassung ist neuerdings

Es ist daher ganz selbstverständlich, dass, wenn jemand beim praetor eine formula gegen den Gewalthaber als fidejussor ausgewirkt hatte, der judex den Beklagten nicht schlechtweg aus dem jussus verurtheilen konnte, falls die fidejussio sich als nichtig erwies. Diese Frage musste auf Grund einer neuen formula selbständig geprüft und entschieden werden.

Die citirte Stelle erklärt einfach, dass eine unwirksame fidejussio durchaus nicht ohne Weiteres als jussus angesehen werden dürfe, da es sehr fraglich sein kann, ob die für einen giltigen jussus erforderlichen Momente trotzdem noch übrig bleiben. Ist z. B. eine fidejussio inutilis, weil sie im Vergleich mit der Hauptschuld auf plus oder in duriorem causam geht, so hinterlässt sie keineswegs die Voraussetzungen für einen rechtskräftigen jussus, da auch die actio quod jussu nicht auf etwas anderes gerichtet werden kann, als der Gewaltunterworfene schuldet.

Die Gränzen der actio quod jussu bemessen sich nach dem Umfange der ja auch ihr zu Grunde liegenden Obligation zwischen dem Kläger und dem filius familias resp. servus.

L. 25. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1., welche Mandry gleichfalls zur Unterstützung seiner Anschauung hinzugezogen hat, ist in unserem Sinne bereits an einer anderen Stelle in eingehender Weise besprochen worden[1]).

Selbst wenn wir also annehmen, dass der jussus eine Verpflichtungserklärung sei, und dass er als Garantieversprechen eine gleiche Tendenz habe, wie die fidejussio, so behält immer noch die in den citirten Quellenstellen zwischen beiden Instituten hervorgehobene Scheidung einen sehr guten Sinn.

Dass jussus und fidejussio dasselbe seien, ist eben auch niemals behauptet worden, es kommt nur Alles darauf an, worin man ihren Unterschied sucht. — Durch den Fortfall dieser formalen Verschiedenheiten, durch die gleiche Formlosigkeit der Aeusserung bei völliger Uebereinstimmung des juristischen Inhalts, tritt dann auch das Garantiemandat dem

---

vertheidigt worden von Alb. Kuester: „Ueber die actio quod jussu." Berlin. 1890.

[1]) Siehe oben S. 22. ff.

jussus um so vieles näher, als die fidejussio. cf. L. 1. § 3. Dig. quod jussu 15. 4.

Wenn ich daher auch Mandry darin gern beigestimmt habe, dass der jussus bei der hereditatis aditio Ermächtigung war, so kann ich doch diese Annahme als „Beweisargument“ [1]) dafür, dass der jussus im Zusammenhang mit der actio quod jussu durchaus dasselbe gewesen sei, nimmermehr gelten lassen.

Ich komme daher nochmals auf den am Beginne des Paragraphen aufgestellten Satz zurück, dass es eben grundsätzlich falsch ist, den jussus durch das ganze System unserer Rechtsquellen stets nur in einer und derselben Bedeutung aufzufassen.

II.

Ein gleiches Zusammentreffen von Empfehlung und Garantie haben wir uns in dem Falle zu denken, wo der Haussohn jussu patris mit der Führung einer Vormundschaft oder des Decurionenamtes betraut wurde. Dieses kann nicht anders erfolgt sein, als dass die competente Behörde vom Vater entweder ausdrückliche Erklärungen über die von ihm zu gewährende Haftung empfing, oder dass der Vater persönlich der Ernennung des Sohnes zum Decurio oder Vormunde beiwohnte und keinen Widerspruch gegen den amtlichen Act erhob. — Dadurch that er dann seinen Verpflichtungswillen stillschweigend kund.

> L. 2. pr. Dig. ad munic. et de incol. 50. 1. Ulpian: „Quotiens filius familias voluntate patris decurio creatur, universis muneribus, quae decurioni filio injunguntur, obstrictus est pater *quasi fidejussor* pro filio. Consensisse autem pater decurionatui filii videtur, si praesens nominationi non contradixit. Proinde quidquid in republica filius gessit, pater ut fidejussor praestabit.“ — cf. auch L. 1. Cod. de fil. fam. 10. 62.

Jedenfalls aber lag der Grund jener Verpflichtung ex jussu gerade in der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung, für die Gefahr zu haften — nicht in einer Ermächtigung des Haussohnes. Der Magistrat ernannte den Sohn *„periculo patris“*. cf. L. 4. pr. Cod. de fil. fam. 10. 62.

[1]) Mandry a. a. O. II. S. 567.

Die rechtliche Stellung des Vaters und ihre Wirkung weist demnach die engste Verwandtschaft auf mit der Verpflichtung eines Affirmators oder Nominators[1]), denn auch hier finden wir die Parallele mit dem fidejussor wieder, die beim Affirmator und Nominator bereits früher beobachtet wurde[2]).

1. Zunächst gestattet L. 21. Dig. de administr. et periculo 26. 7. keinen Zweifel darüber, dass es sich um ein Garantieversprechen, um eine Zusage voller Haftung für das „detrimentum muneris" von Seiten des Vaters handele. Die citirte Stelle lautet:

> Marcellus: „Lucius Titius Gajum Sejum filium familias testamento filio suo tutorem dedit: Gajus Sejus sciente et consentiente patre tutelam administravit: quaero, an defuncto Gajo Sejo actio tutelae adversus patrem ejus et in quantum competat.
>
> Marcellus respondit secundum ea quae proposita essent actione de peculio et de in rem verso patrem teneri: nec multum videri in hoc casu facere patris scientiam et consensum ad obligandum eum in solidum, nisi forte contutore vel alio quo volente eum facere suspectum intercessit et quasi in se periculum recepit."

Es hat also der Haussohn mit Wissen und unter Zustimmung des Gewalthabers die Führung einer testamentarischen Vormundschaft übernommen. Daraus entsteht die Frage: bietet dieser Umstand allein eine genügende Grundlage zur Anstellung der actio tutelae (quod jussu) auch gegen den Letzteren

Diejenigen, welche im jussus eine Ermächtigung des filius familias erblicken, werden sicher keinen Augenblick zögern, dem Vater die volle Haftung aus dem Verpflichtungsverhältnis des Haussohnes aufzuerlegen.

---

[1]) Den übereinstimmenden Character der Haftung des Vaters und des Nominators scheint auch L. 4. § 1. Cod. de fil. fam. 10. 62. auszusprechen: „Sane nominator, qui filium in potestate positum non consentiente patre ad munus devocavit, si tamen ex voluntate tua antea filius decurio factus non erat, detrimento muneris obligabitur."

[2]) L. 2. pr. Dig. 50. 1. cit. L. 1. Cod. de decur. 10. 32. „nam in hac parte vice fidejussoris pater accipitur." Vgl. auch oben S. 5. ff. und die daselbst citirten Stellen.

In der That wäre es kaum möglich, einen Unterschied zwischen diesem dem filius familias ertheilten Consens zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts und der Ermächtigung hierzu herauszufinden.

Anders hingegen entscheidet Marcellus. Die Kenntniss des Vaters von der Uebernahme der Vormundschaft durch den Haussohn und seine Zustimmung sind keineswegs ausreichend, eine Verpflichtung des Gewalthabers zu erzeugen, so lange sie als Vorgänge erscheinen, welche sich nur zwischen Vater und Sohn abspielen. Die Gläubiger des Letzteren werden sich daher in solch einem Falle mit der ihnen durch die actio de peculio oder de in rem verso gebotenen Sicherheit begnügen müssen.

Dass Marcellus hier unter dem „obligare in solidum" eine Verpflichtung aus dem „jussus patris" begreift, welcher vor den Interessenten an der Administration der Vormundschaft erfolgte, darauf weist die Zusammenstellung der Haftung für das Ganze mit der actio de peculio und de in rem verso hin. Die Bezeichnung der actio quod jussu als judicium in solidum gegenüber den beiden anderen adjecticischen Klagen ist in den Quellen nicht selten.

> cf. L. 1. Dig. quod cum eo 14. 5. Gajus: „Sive enim *jussu* ejus, cujus in potestate sit, negotium gestum fuerit, *in solidum eo nomine judicium pollicetur*: sive non jussu, sed tamen in rem ejus versum fuerit, eatenus introducit actionem, quatenus in rem ejus versum fuerit: sive neutrum eorum sit, de peculio actionem constituit."

In demselben Sinne vergleiche

> L. 7. Dig. de tutelis 26. 1. § 5. Inst. quod cum eo IV. 7. Theophilus Paraphrase liber IV. tit. 7. § 1.: „Haec autem quod jussu actio in solidum habet condemnationem." Desgl. L. 1. Cod. quod cum eo 4. 26. u. a. m.

Am Schluss der besprochenen L. 21. Dig. 26. 7. heisst es dann:

> „nisi forte contutore vel alio quo volente eum facere suspectum intercessit et quasi in se periculum recepit."

Ich bin geneigt, diesen Nachsatz für interpolirt zu halten.

ndat

edenken, welche Eisele[1])

rhaupt geltend gemacht hat,

ung der Periode zum Vorher-

en. Was soll neben „inter-

n recepit“ bedeuten? Hat

eben jedes periculum auf

quasi“?

, materieller Widerspruch

llus und dem erwähnten

Der Vater kann aus seiner

e periculum der vom Haus-

nehmen. Das wird nament-

aussen her die Geschäfts-

t wird. Bleibt der Letztere

ches nur noch unter voller

durch in die bürgenähnliche

t und somit freilich inter-

etwa eine besondere Bürg-

die gegen den Haussohn zu-

ch auf den Vater erstreckt

des Vaters in Frage kommen.

d leg. cit.: „non dico fide-

i quod jussu.“

Haftung des Vaters, wenn,

e, der filius familias unter

Amt, etwa das Decurionat,

der Commune, in Abweichung

schaft durch den Haussohn,

schärfende Bestimmung er-

Antoninus verfügten näm-

die Garantie für die Amts-

hmen müsse, wenn er nicht

---

ss der Digesteninterpolationen“;

Rechtsgeschichte, Romanistische

stelle hat Eisele übrigens nicht

et nom. 27. 7. L. 11. § 1., L. 15.

col. 50. 1.

den Beweis erbringen kann, dass er jede Zustimmung abgelehnt habe.

> L. 1. Cod. de fil. fam. 10. 62.: „tunc enim consentiendo pater ad decurionatum obligatur, si filium in potestate habeat. *Consentire autem etiam is videtur,* qui *non testificatur dissentire* nominationi."

Immerhin ist es bezeichnend, dass einfaches Stillschweigen mit der Bedeutung ausdrücklicher Zustimmung bekleidet, und dass ein Beweis für das „dissentire" gefordert wird. Auch daraus ersieht man, dass es sich hier jedenfalls nicht um eine blosse Uebereinkunft zwischen Vater und Sohn handelte, sondern dass die Willenserklärung des Gewalthabers dem Interessenten gegenüber erfolgen musste; zumal nicht angenommen werden kann, dass Vater und Haussohn unter einander vor Zeugen — testificatur — verhandelten.

Das gleiche Princip vertritt auch

> L. 1. Cod. quod cum eo 4. 26.: „Cum filius familias tutor aut curator datur, pater tutelae vel negotiorum gestorum judicio de peculio et de in rem verso conveniendus est. Quod si voluntate ejus filius decurio sit creatus et a magistratibus tutor constitutus, pater in solidum satisfacere cogitur, cum id onus exemplo ceterorum munerum civilium inductum intellegatur."

Es werden hier im ersten Satz diejenigen Klagen aufgezählt, mit denen der Vater eventuell aus der vom Haussohn geführten Vormundschaft belangt werden könnte. Sodann wird die Haftung des Vaters in's Auge gefasst, welche vorliegt, wenn der Haussohn mit seiner „voluntas" in den Decurionenmagistrat eingetreten ist. Falls nämlich der gesammte Magistrat etwa in Folge von Fahrlässigkeit bei Ernennung eines Vormundes belangt wird, so steht der Vater für die ganze auf seinen Sohn entfallende Verantwortung ein. Da die L. 1. Cod. 4. 26. cit. ebenso wie die vorhin besprochene L. 1. Cod. 10. 62. von Severus und Antoninus stammt, so wäre es möglich, dass letztere Constitution älter ist, mithin auch schon in L. 1. Cod. 4. 26. eine stillschweigend erklärte „voluntas" gemeint sein könnte. Abgesehen hiervon wird aber jedenfalls ange-

nommen werden müssen, dass nach dem oben angeführten Wortlaute der citirten Stelle eine dem Magistrate gegenüber verlautbarte Willenserklärung gemeint ist und sicher keine Ermächtigung des Haussohnes.

3. Dem in L. 21. Dig. 26. 7. und cit. L. 1. Cod. 4. 26. cit. ausgesprochenen Grundsatze scheint zu widerstreiten:

> L. 7. Dig. de tutelis. 26. 1. Ulpian: „Si filius familias tutor a praetore datus sit, si quidem pater tutelam agnovit, in solidum debet teneri, si non adgnovit, dumtaxat de peculio. — Adgnovisse autem videtur, sive gessit sive gerenti filio consensit sive omnino attigit tutelam. — Unde cum quidam filio scripsisset, ut diligenter tutelam gereret, „cum scias", inquit, „periculum ad nos pertinere", dixi hunc quoque videri adgnovisse: plane si solum monuit filium, non videtur agnita."

Ulpian beschäftigt hier dieselbe Frage, welche Marcellus in L. 21. Dig. 26. 7. cit. erörterte.

Auch er stellt die auf das Ganze gerichtete actio quod jussu der actio de peculio gegenüber und erwägt dann die Voraussetzungen der Ersteren.

Die actio in solidum, lehrt er, kann auch dann angestellt werden, wenn ein „agnoscere" der Tutel des Haussohnes von Seiten des Gewalthabers erfolgt ist. — Ich meine, dass wir unter dieser „adgnitio" nichts anderes zu verstehen haben, als eine nachträgliche Anerkennung, eine Ratihabition der Tutelübernahme durch den Vater. Diese Genehmigung ist auch in dem erwähnten Zusammenhang durchaus zulässig und erzeugt eine actio quod jussu so gut, wie der vor Eingehung des Rechtsgeschäfts mit dem Haussohne ertheilte jussus:

> L. 1. § 6. Dig. quod jussu 15. 4. Ulpian: „Si ratum habuerit quis quod servus ejus gesserit vel filius, quod jussu actio in eos datur."

Wem gegenüber grundsätzlich das „agnoscere" zu erfolgen hatte, verschweigt Ulpian im Vordersatz. Für uns indessen kann es nicht zweifelhaft sein, dass die Genehmigung gegen denjenigen geäussert werden musste, der aus ihr den Anspruch erwerben sollte. Dieses an sich klare Verhältniss wird nun aber dadurch getrübt, dass Ulpian im stricten Widerspruch

zu Marcellus auch einen dem Haussohne gewährten Consens für eine genügende Grundlage der actio in solidum erklärt.

Den hierdurch hervorgerufenen Zwiespalt zu lösen, giebt es zwei Mittel.

Einmal liesse sich annehmen, dass Ulpian unter jener Zustimmung einen consensus im Sinne von L. 2. pr. Dig. 50. 1. cit. im Auge hatte, also eine Willensäusserung, welche nicht auf den Haussohn beschränkt blieb[1]).

Für weit wahrscheinlicher halte ich es aber, dass Ulpian im zweiten Satze nur die Mittel und Wege bespricht, wie der Beweis einer Haftpflicht des Vaters, falls eine solche nachträglich bestritten werden sollte, zu erbringen wäre.

„Adgnovisse videtur" d. h. eine Genehmigung scheint bereits früher ertheilt zu haben, oder eine bereits ertheilte Genehmigung scheint zuzugestehen derjenige, welcher die Vormundschaft selbst führt, sich mit ihr überhaupt befasst u. s. w. Jener Brief aber, in welchem der Vater seiner Haftpflicht als einer bereits bestehenden Erwähnung thut, kann nur die Bedeutung eines aussergerichtlichen Geständnisses, mithin eines Beweismittels, haben.

Denn, dass durch ein solches Schreiben, welches möglicherweise gar nicht zur Kenntniss der Gläubiger aus der Administration der Vormundschaft zu gelangen brauchte, diesen gegenüber eine Verbindlichkeit erst begründet werden sollte, ist schon nach allgemeinen Grundsätzen undenkbar[2]).

[1]) cf. L. 2. pr. Dig. ad munic. et de incol. 50. 1. Ulpian: — — „Consensisse autem pater decurionatui filii videtur, si praesens nominationi non contradixit", während Marcellus, welcher den consensus patris als Verpflichtungsgrund verwirft, ihn nur insofern berücksichtigt, als er ein ausschliesslich zwischen Vater und Sohn vorgenommener Act bleibt.

[2]) Wie ein solcher die Anerkennung einer vorhandenen Verpflichtung enthaltender Brief rechtlich zu behandeln sei, darüber vergl. L. 26. § 2. Dig. depositi 16. 3. Paulus: „Titius Semproniis salutem. Habere me a vobis auri pondo plus minus decem et discos duos, saccum signatum: ex quibus debetis mihi decem, quos apud Titium deposuistis: item quos Trophimati decem: item ex ratione patris vestri decem et quod excurrit." Quaero, *an ex hujusmodi scriptura aliqua obligatio nata sit*, scilicet quod ad solam pecuniae causam attinet. — Respondit ex epistula, de qua quaeritur, *obligationem* quidem *nullam* natam videri, sed *probationem* depositarum rerum impleri posse.

III.

Alle in den vorigen Abschnitten besprochenen Quellenzeugnisse gestatten darüber nicht den geringsten Zweifel, dass der jussus, insofern er die Basis der actio quod jussu bildete, nichts anderes gewesen ist, als eine Empfehlung mit gleichzeitiger Garantieübernahme seitens des Gewalthabers. Lag daher kein Garantieversprechen vor, dann hatte man es auch nicht mit einem jussus, sondern mit einer nuda commendatio zu thun:

> L. 13. Cod. quod cum eo 4. 26. Impp. Honorius et Theodosius: „Dominos ita constringi manifestum est *actione praetoria, quae appellatur quod jussu,* si certam numerari praeceperint servo actorive pecuniam. Igitur in perpetuum edictali lege sancimus, ut, qui servo colono conductori procuratori actorive possessionis pecuniam mutuam det, sciat dominos possessionum cultoresve terrarum obligari non posse. § 2. *Neque familiares epistulas, quibus homines plerumque commendant absentem,* in id trahere convenit, ut pecuniam, quam non rogatus fuerat, impendisse pro praediis mentiatur, cum, nisi specialiter ut pecuniam praestet a domino fuerit postulatus, idem dominus teneri non possit." § 3. „Creditaque quantitate multari volumus creditores, si hujusmodi personis non *jubente domino* nec *fidejussoribus* specialiter *acceptis* fuerit credita pecunia."

Eine solche nuda commendatio ohne bestimmte Garantiezusage wurde als jussus nicht behandelt und erzeugte eine Verpflichtung ganz ebensowenig, wie die schlichte Empfehlung eines Gewaltfreien:

> L. 12. § 12. Dig. mandati 17. 1. Ulpian: „Cum quidam talem epistulam scripsisset amico suo: ‚rogo te, commendatum habeas Sextilium Crescentem amicum meum', non obligabitur mandati, quia commendandi magis hominis quam mandandi causa scripta est."

Den letzten Zweifel am Garantiecharacter des jussus beseitigt schliesslich:

> L. 9. (8.) Cod. quod cum eo 4. 26. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Diogenio: „Si *mandator*

pro filio tuo *extitisti* vel *jussu tuo* cum eo quem in potestate tunc habuisti contractum est, intellegis et sorti et usuris te parere oportere, si te his omnibus obligasti, ut res quae pignoris jure detinentur liberari possint."

Die angeführte constitutio besagt: Du hast Dich hinsichtlich einer Schuld Deines Sohnes verpflichtet und musst für dieselbe einstehen, und zwar als mandator oder kraft Deines jussus.

Letzterer kann natürlich nur dann in Frage kommen, wenn Dein Sohn zur Zeit des Vertragsabschlusses noch in Deiner väterlichen Gewalt stand — quem in potestate *tunc* habuisti.

Garantiemandat und jussus werden also einander völlig gleich gestellt und nach übereinstimmenden Grundsätzen behandelt. Da aber Ersteres sich stets an den Gläubiger richtete und in einer Aufforderung, das fragliche Rechtsgeschäft periculo mandatoris einzugehen, bestand, so geht hieraus mit Bestimmtheit hervor, dass ganz das Gleiche auch hinsichtlich des jussus galt — vorausgesetzt, dass ein Rechtsgeschäft des Gewaltunterworfenen vorlag und der Garant der Gewalthaber war. Buchstäblich denselben Gedanken finden wir in L. 1. § 3. Dig. quod jussu 15. 4. wieder, wo Ulpian sagt:

„Sed et si mandaverit pater dominusve, videtur jussisse."

Nur in dieser Gestalt konnte der jussus seinen unmittelbaren Zweck in der actio quod jussu erfüllen und seiner Bestimmung gemäss dem dritten Contrahenten die Gewähr dafür bieten, dass der Gewalthaber dem Haussohne nicht nur die zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit erforderlichen Mittel nicht entziehen, sondern sogar selbst für die Einhaltung der Verpflichtung haften werde.

In welcher äusseren Gestalt der Verpflichtungswille beim jussus hervortrat, mit welchen Worten er zum Ausdruck gelangte, darüber haben wir nur spärliche Nachrichten.

Indessen darf dieses Niemanden wundern, wenn wir berücksichtigen, dass eine bestimmte Form für die Ertheilung des jussus nicht vorgeschrieben war.

Da es sich hier somit um ein formloses Versprechen handelte, so dürfen wir allerdings annehmen, dass es entweder durch ausdrückliche Erklärung nach dem Vorbilde der indemnitatis promissio, also mit den Worten: „*cum Sticho servo meo negotium gere periculo meo*“ (L. 1. § 1. Dig. quod jussu 15. 4.) erfolgte oder auch stillschweigend, indem der Gewalthaber die Gränzen des mit seinem filius familias oder Sclaven abzuschliessenden Rechtsgeschäfts genau absteckte und dadurch seinem Verpflichtungswillen hinreichend deutlichen Ausdruck verlieh. L. 13. Cod. quod cum eo 4. 26. cit. vgl. auch L. 3. Dig. quod jussu 15. 4.

§ 3. Das mandatum tua tantum gratia und aliena tantum gratia — als Grundlage des Garantiemandats.

Bereits am Schlusse des vorigen Abschnittes habe ich Gelegenheit gefunden, die nahen Beziehungen hervorzuheben, welche zwischen dem jussus und dem Mandate zu Tage treten.

Die enge Verbindung, in welcher die Quellen beider Institute vielfach Erwähnung thun, hat der juristischen Litteratur schon von jeher Veranlassung gegeben, Vergleiche zwischen ihnen anzustellen — und es ist in der That überraschend, wie gleichartig die Resultate dieser Untersuchungen zu allen Zeiten ausgefallen sind[1]).

Mandat und jussus, so lautet in seltener Uebereinstimmung die Antwort, seien streng zu scheiden. Ersteres sei ein zweiseitiger, obligatorischer Contract, aus welchem eine directe Klage auf Erfüllung des übernommenen Auftrages entspringe — der jussus sei dagegen eine einseitige Anweisung, vermöge deren die Verpflichtung aus dem in Folge desselben vorgenommenen Geschäft den Jubenten unmittelbar treffe ohne Dazwischenkunft eines obligatorischen Contracts zwischen ihm

[1]) Stephanus (cf. Zachariae Suppl. Basilic. S. 253. Note 6.) v. Salpius: Die Novation und Delegation S. 50. Schmid: Archiv für civil. Praxis Bd. 29. S. 139—142. Chambon: Beiträge zum Obligationenrecht Bd. I. S. 240—247. Hier sind auch ältere Ansichten recht vollzählig angegeben.

und dem Angewiesenen. — Daraus folge dann ferner, dass der Jubent auf Ausführung des durch den jussus anempfohlenen Rechtsgeschäfts nicht klagen könne.

So zutreffend die hier wiedergegebene Auffassung des jussus nach einigen Richtungen auch ist, so fragt es sich andererseits dennoch, ob nicht die verschiedenen durch die Quellen uns überlieferten Erscheinungsformen des Mandats Gestaltungen aufweisen, welche die allernächste Verwandtschaft mit dem oben angegebenen Character des jussus erkennen lasssen.

Es wird festzustellen sein, ob es nicht Mandatsformen giebt, welche gleichfalls als einseitige Willenserklärungen ohne daraus resultirende Klage auf Erfüllung jener Anweisung erscheinen, und bei welchen die Bedeutung eines ultro citroque Klagen erzeugenden Consensualcontracts gänzlich in den Hintergrund tritt.

Die Grundlage einseitiger Garantieversprechen finden wir aber ganz offensichtlich im consilium oder mandatum tua tantum gratia und sodann im mandatum aliena tantum gratia, welches sich wiederum stark dem im jussus bereits beobachteten Element der commendatio oder Empfehlung nähert.

I.

Zunächst wird ein Unterschied zwischen dem mandatum tua tantum gratia und dem consilium begrifflich nicht anerkannt werden können. Ist es schon aus sachlichen Gründen unmöglich, in einem Auftrage, welchen ich jemandem nur in seinen eigenen Angelegenheiten ertheile, und welcher nur sein Bestes bezweckt, etwas Anderes zu erblicken, als einen Rath, so wird solches noch besonders bestätigt durch Zeugnisse der Quellen.

In ihren rechtlichen Folgen werden hier mandatum tua tantum gratia und consilium völlig gleichgestellt. Beiden wird grundsätzlich jede rechtliche Wirkung abgesprochen.

Vom mandatum tua tantum gratia heisst es schlechtweg, dass es ein Mandat jedenfalls nicht sei, und mithin „jam extra mandati formam“ liege. — L. 48. § 2. Dig. mandati 17. 1.

Gajus und nach seinem Vorgange Justinian[1]) erklären auf das Bestimmteste, dass, wenn ein Mandat nur zu Gunsten des Mandatars ertheilt werde, der Letztere, indem er demgemäss handele, ein Mandat im gewöhnlichen Sinne nicht erfülle.

Eine Weisung von dieser Art sei überflüssig — supervacua —, da der Angewiesene selbst wissen müsse, was ihm frommt. — „Cujus generis mandatum magis consilium est, quam mandatum et ob id non est obligatorium" — folgert Gajus. Ein Mandat also kann das mandatum tua gratia nicht genannt werden.

Will man nun nicht mit Hepp einen Mittelbegriff im sog. „consilium mandati" ins Leben rufen[2]), so kann man das mandatum tua gratia wohl nur dem consilium unterordnen, dem es thatsächlich durch die Quellen als begrifflich näher stehend bezeichnet wird.

In der That ist auch weder von älteren noch von neueren Schriftstellern Etwas vorgebracht worden, was diese Auffassung zu erschüttern vermöchte.

Neustetel[3]) hat eine Verschiedenheit zwischen dem consilium und mandatum tua tantum gratia an sich nicht entdecken können, eine Abweichung tritt nach seiner Ansicht vielmehr nur darin hervor, dass beide grundsätzlich jeder Rechtswirkung entbehrende Institute durch den Hinzutritt verschiedener Momente Verpflichtungen erzeugen. — „Das

[1]) Gajus III. 156. § 6. Inst. de mandato. III. 26. vgl. L. 2. § 6. Dig. mandati 17. 1.

[2]) Dieser Gedanke Hepp's — Archiv für civil. Praxis Bd. 11. S. 43. —, welcher sich bereits bei Mevius — Syntagma jurisprudentiae Georgii Adami Struve cum aditionibus Muelleri 1718. Exerc. XXII. lib. XVII. tit. I. mandati pag. 1434. — findet, beruht auf einer ganz unzulässigen Deutung des § 6. Inst. III. 26. cit. „cujus generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio mandati obligatur." — Diese Stelle ist so correct gefasst, dass man den Missgriff Hepp's, „mandati" zu „consilio" anstatt zu „obligatur" zu ziehen, kaum begreift.

[3]) „Ueber die Verbindlichkeit des Rathgebers und das mandatum in gratiam mandatarii" Archiv für civil. Praxis Bd. 2. S. 50.

giltige mandatum tua gratia wird nicht durch die aus dem Auftrage hervorgegangene Handlung des Mandatars giltig (giltig werden heisst nach Neustetel soviel, wie Rechtswirkungen erzeugen), sondern durch die Einwilligung, durch das Contrahiren der Parteien. — Ein solches Contrahiren enthält der Rath mit hinzugefügtem Versprechen der Schadloshaltung nicht. — Tritt jedoch die Acceptation des anderen Theils hinzu, so ist ein Vertrag auf bedingte Uebernahme der Gefahr eingegangen und nach den Grundsätzen über diese Verträge zu beurtheilen. — Bei den Römern konnte dann nun freilich ein solches Geschäft durch blossen Consens nicht vollgiltig gemacht werden, sondern hierzu wurde eine stipulatio gefordert."

Diese Unterscheidung scheint mir das Wesen der Sache gar nicht zu treffen.

An sich ist ja auch nach Neustetel's Meinung das reine mandatum tua gratia ganz ebensowenig rechtsverbindlich, wie das consilium. Damit also aus dem einen wie dem anderen ein klagbares Rechtsverhältniss werde, müsse ein weiterer Umstand hinzutreten in Gestalt einer besonderen Verabredung der Parteien, und hierin gelange eine Abweichung beider Institute zum Ausdruck. Denn, während beim mandatum tua gratia eine formlose Uebereinkunft der Parteien genüge, erfordere das consilium eine Garantieübernahme in Stipulationsform. Die Rechtswirkung werde somit in beiden Fällen erzeugt durch inhaltlich gleichartige, in der Form aber abweichende Verträge, welche zum consilium resp. mandatum tua gratia hinzutreten, ohne indessen ihr Wesen im geringsten zu berühren.

Aber auch diese angebliche Verschiedenheit in der Erzeugung von Rechtswirkungen bei beiden Instituten bestätigt sich in den Quellen keineswegs. Auch beim consilium kann eine Garantie neben der Stipulationsform durch formloses Mandat übernommen werden. — L. 19. pr. § 1. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1. cit.

Noch weniger überzeugend ist die von Thibaut[1]) geltend

[1]) „Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts." Bd. I. S. 120.

gemachte Ansicht: „In seinen rechtlichen Folgen", sagt er, „wird das mandatum tua gratia dem Rath gleichgeachtet, aber bei dem allen bleibt es dennoch im Wesentlichen, oder an sich ein Mandat d. h. ein Auftrag, wegen dessen sich derjenige, welcher denselben ertheilt, verantwortlich macht. — Er wird freilich nicht verantwortlich, aber immer ist hier doch das unverbindliche Mandat von dem blossen Rath unterschieden."

Wodurch wohl? möchte man fragen.

Auch Holzschuher[1]) hat geglaubt, beide Begriffe „zur Beseitigung von Verwirrungen" trennen zu müssen, ist aber in der Durchführung jener Absicht nicht glücklicher gewesen, als seine Vorgänger.

„Es sei nämlich keineswegs gesagt, dass es nicht doch auch ein Mandat, einen Auftrag zu Handlungen geben könne, welche im Rechtsgebiet des Beauftragten liegen und nur für ihn ein sichtliches Interesse haben."

Als Beispiel für ein solches klagbares mandatum tua tantum gratia, im Gegensatz zum stets unverbindlichen consilium, führt Holzschuher L. 32. Dig. mandati 17. 1. an, worin heute Niemand mehr ein mandatum tua tantum gratia erblicken wird. Nicht das „sichtliche Interesse", sondern das thatsächliche ist hierbei stets massgebend.

Während also Holzschuher dergestalt dem mandatum tua gratia die Klagbarkeit auch ohne Hinzutritt anderer Verpflichtungsmomente zuspricht, leugnet er eine solche ohne Ausnahme beim consilium, wofern Letzteres nicht dolos ertheilt sei, und eine besondere Verpflichtung zur Abgabe eines sachverständigen Rathes nicht vorliege. Dass ein consilium durch Hinzutritt eines Garantieversprechens klagbar werden könne, hat er ganz unberücksichtigt gelassen. Die Unterschiede, welche Holzschuher anführt, ergeben sich somit erst nach einer ganz willkürlichen Umgestaltung beider Begriffe.

Von anderer Seite hat man an dem Wortlaute der L. 2. § 6. Dig. mandati 17. 1. Anstoss genommen.

---

[1]) „Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts." 2. Auflage. Leipzig. 1858. Bd. III. S. 589. ff.

Weshalb, so meint Vangerow[1]), wählte der Jurist die Fassung: „cujus generis mandatum *magis* consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium“ — wenn er eine völlige Gleichstellung, eine Identificirung beider Rechtsverhältnisse bezweckte? — Durch das „magis“ werde vielmehr nur „eine auch unleugbar vorhandene, innere Verwandtschaft derselben angedeutet“.

Mir erscheint diese Annahme als unbegründet.

Ist ein mandatum tua tantum gratia ertheilt worden, so unterscheidet sich ein solches äusserlich durch nichts von einem klagbaren mandatum.

Dadurch aber — so sagt der Jurist — dürfe man sich nicht täuschen lassen. Ein mandatum liege hier nur scheinbar vor, eigentlich und dem Wesen dieses Auftrages nach handele es sich um einen Rath. Letzterer Gesichtspunkt sei dann auch hinsichtlich der Rechtswirkungen des mandatum tua tantum gratia entscheidend. Als ein thatsächliches consilium erzeuge es keine Verbindlichkeit, da aus einem Rath diejenige Haftung, wie sie aus dem Mandatsvertrage folgt, nicht hervorgehen könne.

Auffallend ist es, dass auch die Quellen sich überall da einer ganz analogen Wortfassung bedienen, wo ein mandatum tua gratia und ein consilium in Frage kommen.

Man vergleiche § 6. Inst. de mandato III. 26.:

> „Tua gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas *potius* in emptiones praediorum colloces, quam feneres“

mit L. 1. § 14. Dig. depositi 16. 3., welche eines Rathes Erwähnung thut:

> „si vero suaseris mihi, ut *magis* apud eum deponam.“ ....

Die beim mandatum tua gratia, wie beim consilium gleichmässig angewandten abschwächenden Worte „potius“ oder „magis“ sollen in beiden Fällen das Unverbindliche der ertheilten Weisung hervorheben, indem Letztere hierdurch gemildert und ihre Befolgung in das Ermessen des Mandatars bezw. Berathenen gestellt wird.

In demselben Sinne bezeichnet auch Ulpian den Mandator als suasor und affirmator.

[1]) „Lehrbuch der Pandecten.“ Bd. III. § 659. Anm. 4.

Diese principielle Gleichstellung des mandatum tua gratia und des consilium stimmt denn auch mit dem heute in der Wissenschaft und Gesetzgebung vertretenen Standpunkt überein[1]).

An und für sich wird also dem Rathe jede Rechtswirkung abgesprochen.

Gleichwohl können durch den Hinzutritt anderer, begrifflich ausserhalb liegender Umstände auch aus einem consilium klagbare Rechtsverhältnisse hervorgehen.

Nach dem Zeugniss der Quellen gehören dahin folgende Fälle:

1. Ist ein Rath dolos ertheilt worden, so entsteht hierdurch eine Forderung gegen den Ertheiler eines solchen, welche mit einer actio doli geltend gemacht wird. L. 47. pr. Dig. de reg. jur. 50. 17.

2 War der Rathgeber durch Vertrag oder kraft Amtspflicht zur Ertheilung eines sachverständigen Rathes verbunden, so ist es selbstverständlich, dass er hierbei für omnis culpa einsteht. Der rechtliche Grund jener Haftung ist aber keineswegs im consilium selbst zu suchen. Vielmehr liegt er in dem Abschluss des Vertrages oder jener Amtspflicht, als deren Erfüllung die Ertheilung des Rathes erscheint.

---

[1]) Von den älteren Schriftstellern hatte sich schon Lynker hierfür entschieden: „Disputatio inauguralis juridica de commendatione speciali." Jenae. 1693. Cap. I. tit. VIII.: „De mandati autem mandatarii tantum causa suscepti a commendatione nostra discrimine hic loci nihil dicere attinet, cum id, licet mandandi vocabulum intervenerit, verum consilium sit, et regulariter non obligatorium", ferner vgl. Arndt's: „Lehrbuch der Pandecten" § 291. Anm. 2. Windscheid: „Lehrbuch des Pandectenrechts." II. § 421. Anm. 21. Dernburg: „Pandecten." II. § 115. S. 302. Auch früher schon hatte diese Ansicht Vertreter in Schömann: „Handbuch des Civilrechts." II. S. 222. Sintenis: „Civilrecht." II. S. 565. Neuerdings ist sie wieder vertheidigt worden von Tewes: „Archiv für civil. Praxis." Bd. 51. S. 45. und von Antoine Feill: „Das mandatum tua gratia und die kaufmännische Empfehlung." Inaugur. Dissert. Kiel. 1878. Von Gesetzgebungen vgl. „Allg. Landrecht für die preuss. Staaten." Theil I. Titel 13. § 217. — „Sächsisches bürgerliches Gesetzbuch." Art. 1300. — „Liv-, Est- und Curländisches Privatrecht." Art. 4373, 4374.

3. Der Ertheiler eines Rathes ist haftbar, wenn er, sei es formal durch stipulatio, sei es formlos, versprochen hat, für die nachtheiligen Folgen seines Rathes einzustehen. Es ist dieses der Fall des sog. Garantieversprechens.

4. Aus der vielfach interpretirten L. 6. § 5. Dig. mand. 17.1. hat dann die bisher herrschende Meinung einen weiteren Verpflichtungsgrund für die Ertheilung eines Rathschlages herleiten wollen.

Es wird nämlich behauptet, der Rathgeber sei auch in dem Falle durch seinen Rath gebunden, wenn der Berathene ohne das consilium die fragliche Handlung, welche ihn zu Schaden gebracht hat, gar nicht vorgenommen hätte[1]).

Diese Lehre ist in der Wissenschaft zu allen Zeiten mit den mannigfachsten Ergebnissen erörtert worden.

Am leichtesten kamen über die hier vorliegende Schwierigkeit hinweg diejenigen Schriftsteller, die wie Cocceji[2]) und Noodt[3]) den Wortlaut der Quellen einfach so hinnahmen, wie er ihnen geboten wurde, ohne jenen Satz auf seine innere Haltbarkeit zu prüfen.[4])

Lauterbach[5]) hat dann, offenbar in Anlehnung an den erwähnten Ausspruch Ulpian's, eine Scheidung zwischen dem

[1]) Diesen Verpflichtuugsgrund haben für das consilium geleugnet: Neustetel und Vangerow. — Die citirte lex schreibe solches nur vor für das mandatum tua gratia. — In diesem Umstande haben sie alsdann eine Verschiedenheit des mandatum tua gratia und des consilium entdecken wollen. Thibaut und Hepp, welche das mandatum tua gratia gleichfalls vom consilium unterscheiden, haben zwar eine analoge Anwendung jenes von Ulpian in L. 6. § 5. Dig. cit. aufgeführten Verpflichtungsgrundes auf das consilium zugelassen; ersterer aber ist dann wieder so weit gegangen, dass er selbst in den Fällen, wo ein Garantieversprechen des Rathgebers vorliegt, eine Verbindlichkeit des Letzteren nur insofern entstehen lässt, als zugleich auch der Nachweis geführt wird, der Berathene hätte ohne jenes consilium sich in die für ihn nachtheilige Lage nicht begeben. Für uns, die wir einen Unterschied zwischen mandatum tua tantum gratia und consilium grundsätzlich leugnen, hat diese Streitfrage gar keine Bedeutung.

[2]) Jus controvers. lib. XVII. tit. I. quaest. 8.

[3]) Probabil. lib. IV. cap. ult.

[4]) Ebenso auch Vinnius: Commentarius Institut. ad § 6. Inst. III. 26. p. 218. N. 4.

[5]) Bd. I. Disputatio LVII. „De consiliis eorumque jure." Cap. I. th. IV.

nudum consilium und non nudum vorgenommen. Letzteres sei klagbar und liege vor, wenn der Rathgeber durch heftiges Ueberreden den Widerstand des Berathenen gegen diese Beeinflussung breche und ihm keine Ruhe lasse, bis er den ihm ertheilten Rath befolge.

Diese Darstellung findet indessen in den Quellen keine Bestätigung.

Ganz denselben Standpunkt vertritt Frantzke[1]): „Hic consilii termini exceduntur, si reluctantem multijugis persuasionibus quasi urgeam.“ — Desgleichen Berger[2]): „Multis persuasionibus reluctantem urget“ — und Struve[3]).

Einen hiervon abweichenden Gesichtspunkt hat Donellus[4]) geltend gemacht. Er meint der Satz — „quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset“ — Gajus III. 156 und § 6. Inst. de mandato III. 26. — erkläre sich damit, dass hier ein genau bestimmtes mandatum tertii gratia in Frage komme, welches dann freilich eine Haftung des Mandators erzeuge. Mag nun diese Annahme für § 6. Inst. cit. auch zutreffen, so kann sie auf L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. jedenfalls nicht erstreckt werden, da Ulpian hier ganz ausdrücklich von einem mandatum tua gratia spricht.

Aus diesen mannigfachen Deutungsversuchen entnehmen wir, dass den Juristen bei diesem Satze niemals recht wohl geworden ist. — In der That wird durch seinen Wortlaut in das Civilrecht ein Standpunkt hineingetragen, welcher, wo er sich zeigt, stets verbannt werden muss, zumal er mit dem Geiste des römischen Privatrechts ganz unvereinbar ist.

Characterlosigkeit und Willensschwäche, welche gewohnt sind, die Motive eigener Handlungen stets in fremder Beeinflussung zu suchen, dürfen auf Förderung im Privatrecht nicht rechnen. Niemand soll für eigene Einsichtslosigkeit und Unselbständigkeit Andere haftbar machen. Soweit das Rechts-

[1]) Jurisconsulti commentarius. Argentorati 1644 ad. Dig. lib. XVII. l. mandati vel contra S. 441.

[2]) Resolut. L. L. obstant lib. XVII. tit. I. quaest. 1.

[3]) „Syntagma jurisprudentiae“ Exerc. XXII. ad. tit. digest. mandati vel contra thes. VIII.

[4]) Commentar. de jure civili lib. XIII. Cap. X. in fin.

subject willens- und handlungsfähig ist, soll es auch selbst für die Folgen seines Thuns einstehen. Und wenn auch das Strafrecht die Anstiftung von der delictischen Seite berücksichtigt, so kann das Civilrecht — sofern das Moment des dolus fehlt — ihr in Vertragsverhältnissen unmöglich Raum geben.

Nicht einmal bei der Haftung ex lege Aquilia wurde der Anstifter belangt, wofern der Thäter ein homo liber war, dem Ersterer nichts zu befehlen hatte. L. 37. pr. Dig. ad leg. Aquil. 9.2. Wie soll nun im Einklang hiermit eine Haftung aus dem an sich unverbindlichen Rathe hergeleitet werden? Dadurch, dass ein consilium auf den Berathenen rein subjectiv einen starken Einfluss ausübt, ist doch objectiv nichts hinzugetreten, wodurch der Rath seinen juristischen Character zu ändern vermöchte.

Ich ertheile dem A. das consilium, sein Grundstück zu verkaufen. Dasselbe rathe ich unter ganz denselben Verhältnissen dem B. In beiden Fällen erleiden sie durch die Veräusserung vermögensrechtliche Nachtheile. Da aber A. ein vorsichtiger Mann ist, der alles, was er thut, sich vorher selbst zu überlegen pflegt und daher auch im vorliegenden Falle nicht nur auf meinen Rath hin gehandelt hat, so soll er den Schaden allein tragen, während der willensschwache B. sich darauf berufen kann, dass er nie über etwas nachzudenken pflege und daher sich stets ganz und gar auf den guten Rath seiner Freunde verlasse.

Neuerdings hat Wächter[1]) diese Unebenheit zu beseitigen versucht: „Es kann nämlich sein" — so sagt er — „dass man Jemanden lediglich in seinem Interesse auffordert, etwas zu thun, die Aufforderung aber so gefasst ist, dass er nicht erkennen kann, ob sie lediglich in seinem Interesse oder auch, oder allein in unserem oder in dem eines Dritten geschah und er deshalb sie erfüllt; in einem solchen Falle muss man ihm für die nachtheiligen Folgen haften, weil man hier durch die Fassung der Aufforderung es sich selbst zuzuschreiben hat,

[1]) Waechter: „Pandecten." Leipzig. 1881. Band II. § 202. S. 450. 451.

wenn er ihr eine nicht bloss sein Interesse betreffende Beziehung gab."

Hiernach haftet also der Rathgeber nur insoweit, als er den Berathenen fahrlässig über die Verbindlichkeit seiner Willenserklärung täuschte. Damit wird die Schwierigkeit verdeckt, nicht aber gelöst.

Gründlich beseitigt kann sie nur werden, wenn wir die Quellen selbst auf ihren einschlägigen Inhalt prüfen.

Die L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. lautet:

> Ulpian: „Plane si tibi mandavero quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit: aut, si non esses facturus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio."

Man sieht es dieser Stelle auf den ersten Blick an, dass sie zu kurz gefasst ist, dass sie einer näheren Begründung bedarf, welche der Jurist in diesem Zusammenhange nicht mitgetheilt hat. Zum besseren Verständniss sind deshalb andere Meinungsäusserungen, womöglich desselben Schriftstellers, heranzuziehen.

In directen Widerspruch mit obiger kurz gefassten Regel tritt aber die Entscheidung Ulpians, welche uns in L. 10. § 7. Dig. mandati 17. 1. mitgetheilt wird. — Hier heisst es:

> „Si quis ea, quae procurator suus et servi gerebant, *ita demum* rata esse mandavit, si interventu Sempronii gesta essent, et male pecunia credita sit, Sempronium, *qui nihil dolo* fecit, *non teneri.*
>
> Et est verum eum, qui non animo procuratoris intervenit, sed *affectionem amicalem promisit* in monendis procuratoribus et actoribus et in *regendis consilio, mandati non teneri,* sed si quid dolo fecerit, non mandati, sed magis de dolo teneri."

Der hier angeführte Fall liesse sich auch folgendermassen wiedergeben: Der Gutsbesitzer X. beabsichtigt, in der Stadt landwirthschaftliche Producte abzusetzen. Da er jedoch daran verhindert ist, die einschlägigen Geschäfte in eigener Person zu erledigen und er sich gezwungen sieht, hiermit seinen Gutsverwalter zu betrauen, so bittet er den in jener Stadt

lebenden Freund Z., seinen Verwalter in jeder Weise mit Rath zu unterstützen, — andernfalls werde er sich gezwungen sehen, von einer Anerkennung der fraglichen Geschäfte ganz abzustehen.

Der Freund erklärt ausdrücklich seine Bereitwilligkeit hierzu, und X. schärft demgemäss dem Verwalter ein, nichts ohne die Weisung des Z. zu unternehmen, insbesondere aber bei eventuellen Creditgewährungen ganz ausschliesslich nach dem Rath des Letzteren zu handeln.

In der Folge nun erleidet X. aus den dergestalt abgeschlossenen Creditgeschäften empfindliche Verluste.

Ohne Zweifel wird er jetzt als ein entschiedener Anhänger der in L. 6. § 5. Dig. mandati cit. aufgestellten Regel von Z. vollen Ersatz für den erlittenen Schaden beanspruchen. Mit Recht kann er geltend machen: er habe sich beim Abschluss resp. der Ratihabition jener Geschäfte ganz ausschliesslich von der Annahme leiten lassen, dass sie mit dem Rathe des Z. zu Stande gekommen seien; — ja er hätte gewiss nimmermehr seinen Gutsverwalter mit den Producten in die Stadt entsandt, wenn er nicht mit Sicherheit auf den ihm vorher zugesagten Rath gezählt hätte. Jene Rechtsgeschäfte sammt ihren schädlichen Folgen wären daher niemals entstanden, wofern nicht der Rath des Z. hinzugetreten wäre.

Obwohl nun alle diese Thatsachen wirklich auf Wahrheit beruhen, weist ihn gerade Ulpian, auf dessen Urtheil er sich in dieser Frage glaubte stützen zu können, ab.

Ein aus blosser Freundschaft ertheilter Rath verpflichte den Z. zu nichts, gleichviel, ob ohne seine Mitwirkung das Rechtsgeschäft zu Stande gekommen wäre oder nicht. Nur wofern er sich einer Arglist schuldig gemacht habe, könne er mit einer actio doli belangt werden.

Wie löst sich nun dieser Widerspruch in den Entscheidungen Ulpians?

L. 10. § 7. Dig. mandati cit. lässt über dasjenige, was Ulpian damit sagen wollte, keinen Zweifel zu. Ein präcise referirter Thatbestand wird hier unter genauer Angabe der Motive entschieden. Es wird daher für die — wie ich bereits oben bemerkte — all zu knapp gefasste L. 6. § 5. Dig. eod. cit. eine

Lösung resp. Ergänzung gefunden werden müssen. Wie er aber hier verstanden werden will, darüber ertheilt uns Ulpian selbst den erforderlichen Aufschluss. In L. 12. § 13. Dig. mandati 17. 1. sagt er:

> „Si quis mandaverit filio familias credendam pecuniam non contra senatus consultum accipienti, sed ex ea causa, ex qua de peculio vel de in rem verso vel quod jussu pater teneretur, erit licitum mandatum. — Hoc amplius dico, si, cum dubitarem, utrum contra senatus consultum acciperet an non, *nec essem daturus* contra senatus consultum accipienti, intercesserit qui diceret, non accipere contra senatus consultum, et *„periculo meo crede"*, dicat, *„bene credis"*: arbitror locum esse mandato et mandati eum teneri."

Der Thatbestand ist hier folgender: A. trägt Bedenken dem B. ein Darlehn vorzustrecken, weil er ihn für einen Haussohn hält. Zugleich ist er fest entschlossen, falls dem so sein sollte, mit dem B. nicht zu contrahiren und dem „contra senatus consultum accipiens" das mutuum nicht zu gewähren. Nun tritt C. mit der Erklärung dazwischen, das senatus consultum komme hier gar nicht in Frage, B. sei entweder gar nicht Haussohn, oder es liege ein Ausschliessungsgrund für die Einrede vor. Auch in diesem Falle wirkt die Erklärung des C. bestimmend auf den A. Es ist ausdrücklich bemerkt, dass jenes Darlehn ohne das Dazwischentreten des C. nicht zu Stande gekommen wäre. Gleichwohl werden wir auch hier annehmen dürfen, dass jene Versicherung des C. allein eine Haftung ebensowenig erzeugen konnte, wie die dem Gläubiger abgegebene Erklärung, der Schuldner sei zahlungsfähig [1]).

Die in diesem Fragment hervorgehobene Verpflichtung des C. ist eben ganz ausschliesslich auf die von ihm gebrauchten Worte — „periculo meo crede", „bene credis" — zurückzuführen. Die Grundlage seiner Verbindlichkeit bildet das Garantieversprechen, nicht aber der Umstand, dass A. ohne seinen Rath nicht contrahirt hätte.

Hat also jemand einen fremden Rath befolgt und beruft sich darauf, dass er ohne einen solchen nicht gehandelt hätte, so

[1]) cf. gleichfalls Ulpian in L. 7. § 10. Dig. de dolo malo. 4. 3.

kann er das mit rechtlicher Wirkung nur insofern thun, als der Rathgeber in irgend einer Form die Garantie für den guten Erfolg der von ihm angerathenen Handlung übernommen hat. Dieses Moment ist ganz allein massgebend. In dem gleichen Sinne wird daher auch L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. cit. zu ergänzen sein, um den Widerspruch mit L. 10. § 7. Dig. eod. zu lösen.

Ist aber einmal die Haftung vom Rathgeber übernommen, so bleibt es dann wiederum ganz gleichgiltig, ob der Rath die einzige Veranlassung zum Abschluss des Rechtsgeschäfts war oder nicht.

Berufe ich mich also darauf, dass ich, nur durch den Rath einer anderen Person beeinflusst, gehandelt habe, so muss ich auf ein rechtserhebliches, äusseres Moment hinweisen können, welches objectiv dazu geeignet wäre, in mir etwaige Bedenken gegen die angerathene Handlung zu beseitigen. Diese Wirkung kann aber grundsätzlich einem blossen Rath niemals zukommen, dazu bedarf es vielmehr einer ausdrücklich oder concludent übernommenen Verpflichtung, für den guten Erfolg einzustehen:

> L. 32. Dig. mandati 17. 1. Julianus: „Si hereditatem *aliter* aditurus *non* essem *quam cautum mihi fuisset damnum praestari* et hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem existimo." — Vgl. ebenso L. 19. pr. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1., L. 12. § 14. Dig. mandati 17. 1., ferner L. 24. Dig. de fidej. et mand. 46. 1.

Sobald wir hiervon ausgehen, finden wir auch den Schlüssel zu der mit L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. inhaltlich übereinstimmenden Stelle bei Gajus III. 156. und § 6. in fin. Inst. de mandato. III. 26.:

> „Et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fenerares: sed optinuit Sabini sententia obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses."

Dazu bemerkt Theophilus Paraphrase liber III. tit. 26. § 6.:

> „nam quia certam Titii personam proposui, ideo et obligor, *imitatus quodammodo fidejussorem*."

Der Verpflichtungsgrund besteht hier analog der Bürgschaft d. h. in einem Versprechen, für eine fremde Schuld zu haften. Es ist somit ganz zweifellos auch von Theophilus das obige Rechtsverhältniss vom Gesichtspunkte eines Garantievertrages beurtheilt worden. Der bestimmte Hinweis auf den Titius ist aber als einzige Ursache für die Klagbarkeit gewiss nicht ausreichend. Liegt doch eine mit genauer Personenangabe versehene Aufforderung auch in der unverbindlichen commendatio. cf. L. 7. § 10. Dig. de dolo malo. 4. 3. — L. 12. § 12. Dig. mandati 17. 1.

Freilich darf nicht verkannt werden, dass bei einem genau abgegränzten Rechtsgeschäft eine Garantiezusage sich weit eher voraussetzen lässt, als bei einem völlig unbestimmten Rathschlage.

Nach Lösung dieser Frage erledigen sich dann ganz von selbst die Bedenken, welche Vangerow[1]) gegen eine Verschmelzung des mandatum tua tantum gratia mit dem consilium hatte, da er den in L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. cit. erwähnten, von uns aber verworfenen Verpflichtungsgrund nur auf das mandatum tua gratia beschränken zu müssen glaubte.

Als ebenso ungerechtfertigt erscheint die freilich schon vielfach bestrittene Meinung Thibaut's[2]), wonach ein dem consilium beigefügtes Garantieversprechen nur dann bindend sein solle, wenn zugleich der Empfänger des Rathes ohne diesen nicht gehandelt hätte.

Auch Tewes[3]), dessen Ausführungen im Allgemeinen gewiss zutreffend sind, hat es versucht, sich über die Schwierigkeiten der L. 6. § 5. Dig. cit. in wenig befriedigender Weise hinwegzuhelfen. Er meint: „hier sei ein mandatum tua gratia d. h. ein Rath zusammengewürfelt mit einem Rechtsverbindlichkeiten nach sich ziehenden Ersuchen (einer Beauftragung), welches ich an Dich richte hinsichtlich eines bestimmten Rechtsgeschäfts, welches Du mit einem Dritten abschliessen mögest."

[1]) a. a. O. S. 659. Anm. 4.

[2]) a. a. O. S. 120.

[3]) „Ueber die Haftverbindlichkeit aus ertheiltem Rath und aus der Empfehlung einer Person." Archiv für civil. Praxis. Bd. 51. S. 45. ff.

Unter jenem „rechtsverbindlich machenden Ersuchen" versteht Tewes dann nichts anderes als „ausdrückliche oder stillschweigende Uebernahme von Haftpflicht, Gefahr oder Kosten".

Obgleich er dann weiter der Meinung ist, dass es sich hier mit Wahrscheinlichkeit um ein consilium handele, so hält er dennoch gleichzeitig daran fest, dass jenes von ihm substituirte „Ersuchen" eine besondere Species des klagbaren Mandats sei.

Nach unserer obigen Darstellung können wir den Begriff „des Ersuchens" sehr wohl entbehren. Dass hier die Verpflichtung des Rathgebers aus einer Haftung für Gefahr und Kosten entspringe, hat Tewes sehr richtig herausgefühlt, und ich möchte glauben, er werde nach meiner Untersuchung über die wahre Willensmeinung des Gajus und Ulpian nicht zögern, mir darin beizustimmen, dass hier nichts anderes vorliegt, als ein consilium, an welches sich ein Garantieversprechen schliesst.

Bereits Schömann[1]) war daher durchaus auf dem rechten Wege, wenn er erklärte: „Verspricht der Rathgeber oder Mandant, wenn das gerathene oder mandirte Geschäft schlecht ausfallen sollte, Entschädigung, so liegt in diesem besonderen Versprechen eine nova causa obligandi. — Dieses Entschädigungsversprechen bindet den Promittenten ohne Anstand, und wie überall, so auch hier ohne Unterschied, ob es den Promissar zum Handeln eigentlich erst bewog oder nicht."

Thibaut[2]) freilich wendet ein, „er sei gerne bereit, diese Theorie anzunehmen, wofern dazu die Beweise beigebracht würden". — Mir scheint, das sei hier gelungen.

Ich hoffe in der That nachgewiesen zu haben, dass es ungerechtfertigt ist, aus den citirten Sentenzen des Gajus und Ulpian einen selbständigen Verpflichtungsgrund für das consilium herzuleiten, da solches weder dem Geiste des römischen Rechts, noch der wahren Willensmeinung der genannten Gewährsmänner entspricht.

[1]) Schömann: „Handbuch des Civilrechts." Bd. II. S. 222.
[2]) Thibaut a. a. O. S. 123.

Sehen wir also von einer Haftung ex dolo oder einer besondern amtlichen oder vertragsmässigen Verpflichtung zur Ertheilung guten Rathes ab, so erzeugt das mandatum tua tantum gratia oder das consilium eine Verbindlichkeit nur insofern, als es unter den Gesichtspunkt des Garantieversprechens fällt.

Es ist daher durchaus zu billigen, wenn in den neueren Lehrbüchern eine Haftung des Rathgebers aus dem Satze „si non esses facturus, nisi ego mandassem" nicht mehr hergeleitet wird[1]).

Neuerdings ist freilich der hier verworfenen Auffassung eine entschiedene Vertheidigung zu Theil geworden durch Heinrich Antoine-Feill[2]). Er geht aus von dem Satze des Lübischen Rechts Liber III. Titulus X. Art. I.:

> „Will jemand einem Fremden sein Gut nicht verkauffen, und ein ander stehet dabey und saget: Ihr möget es ihm wohl vertrauen, die Bezahlung wird euch wol; Wird der Verkäuffer von dem Käuffer nicht bezahlt, so muss derjenige zahlen, welcher den Frembden loben thät, dadurch der Verkäuffer verführet worden."

Nachdem er in deutschen Rechtsquellen sich vergeblich nach einer weiteren Bestätigung dieser Regel umgesehen hat, glaubt er, eine solche im römischen Recht gefunden zu haben und zwar in den Worten: „aut si non esses facturus, nisi ego mandassem"[3]).

Ich will dem Verfasser darin durchaus nicht widersprechen, dass obige Bestimmung des Lübischen Rechts aus deutschen

---

[1]) Dernburg — „Pandecten." Bd. II. § 115. Note 8. — supponirt hier schlechtweg ein „stillschweigendes Garantieversprechen". Die Entscheidung sei nur auf den Fall gemünzt, dass dem Rathgeber ausdrücklich vor der Ausführung erklärt wurde, dass man das Gerathene „nur mit Rücksicht auf seinen Rath thun werde". Wenn dazu der Rathgeber schweigt, so sei zu schliessen, dass er für den Erfolg seines Rathes einstehen wollte. Vgl. damit auch Windscheid: „Lehrbuch der Pandecten." Bd. II. § 412a. Note 21. und Arndts: „Lehrbuch der Pandecten." § 291. Anm. 2.

[2]) „Das mandatum tua gratia und die kaufmännische Empfehlung. Inaugur. Dissert. Kiel 1878.

[3]) a. a. O. S. 8. 21. ff. 33.

Quellen nicht geschöpft ist, sich vielmehr als recipirtes römisches Recht darstellt.

Jedenfalls aber ist es missverstandenes römisches Recht, welches hier zum Ausdruck gelangt, und daher de lege ferenda zu verwerfen. Uebrigens muss auch darauf hingewiesen werden, dass durch Aufnahme dieses Satzes unter die Verpflichtungsgründe der kaufmännischen Empfehlung der Verfasser in Widerspruch tritt zu allen von ihm in § 8. a. a. O. gegen eine übertriebene Ausdehnung der verpflichtenden Empfehlung geäusserten Bedenken.

Sehr verschieden wird die rechtliche Wirkung des Rathes in den neueren Gesetzgebungen behandelt.

Einig ist man im Allgemeinen darin, dass dolose oder von einem Sachverständigen in Ausübung einer Amts- oder Vertragspflicht ertheilter Rath unbedingt haftbar mache.

Dagegen hat der Satz, dass der „consilium dans" gebunden sei, wenn sein Rath das einzige Motiv zur Vornahme der fraglichen Handlung war, keine übereinstimmende Beurtheilung gefunden.

Für Beibehaltung dieses Verpflichtungsgrundes hat sich im Princip ausgesprochen: Das Badische Landrecht Art. 1381. a. e., indem es „denjenigen, welcher unaufgefordert Rath giebt und dessen Befolgung durch Zuspruch betreibt als Bürgen und Urheber der Handlung haften lässt".

Hiermit stellt sich das Badische Landrecht auf den in der Litteratur von Lauterbach, Frantzke, Berger und Struve vertretenen Standpunkt[1]).

Es erblickt in dem mit Zuspruch verbundenen Rath eine Art Anstiftung zum Contrahiren, eine unwiderstehliche Beeinflussung, die sich dem psychologischen Zwang zu nähern scheint.

Das Liv-, Est- und Curländische Privatrecht lässt sich dagegen ganz ausschliesslich von L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. cit. leiten, da es in Art. 4416. statuirt:

> „Ausnahmsweise haftet der Rathgeber für den in Folge seines Rathes entstandenen Schaden, wenn er entweder in arglistiger Absicht einen schädlichen Rath

[1]) Siehe oben S. 47. 48.

ertheilte, oder wenn der Berathene nachweist, dass er ohne den ihm gegebenen Rath die in Frage kommende Handlung nicht vorgenommen haben würde."

Diese Fassung erscheint um so bedenklicher, als sie zu Consequenzen führen kann, die von dem Gesetzgeber offensichtlich nicht gewollt sind. Nach Art. 515. derselben Codification haftet der Geschlechtscurator, da er keine Vermögensverwaltung hat und zu keiner Rechenschaftsablegung verpflichtet ist, blos als Rathgeber.

Die ratio legis ist hier augenscheinlich, den Curator zu entlasten, ihn vor der strengeren Verantwortung des Vormundes zu sichern. Gerade aber dieser Zweck wird durch Beobachtung des Art. 4416. vereitelt. Hat sich die Jungfrau einmal unter Geschlechtscuratel begeben, so wird sie regelmässig ohne die Unterstützung ihres Rathsfreundes Rechtsgeschäfte auch nicht abschliessen. Es ist ihr somit in jedem einzelnen Falle die Möglichkeit gewährt, darauf hinzuweisen, „dass sie ohne den gegebenen Rath die in Frage kommende Handlung nicht vorgenommen haben würde". Dadurch ist denn das ganze Risiko der Geschäftsführung im Gegensatz zu Art. 515. auf den Curator abgewälzt.

Eine vermittelnde Stellung nimmt der Code civil ein. Art. 1382. daselbst lautet:

„Tout fait quelconque de l'homme, qui cause á autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé a le réparer."

Die weitere Ausdehnung des Begriffes „la faute" lässt jedenfalls die Annahme einer Haftung auch da zu, wo ein eigentlicher dolus mangelt. Es kann daher nicht weiter auffallen, wenn die gerichtliche Praxis Verpflichtungen nicht nur aus dem dolos ertheilten Rath entstehen lässt, sondern auch dann, „wenn die Auskunft der Art war, dass sie nothwendig den Anfragenden in einen Irrthum versetzen musste, und dass dieselbe in der That bestimmend für die den Kläger beschädigende Handlungsweise war"[1]). Diese Motivirung weicht durchaus

[1]) Urtheil des Appellhofes zu Brüssel vom 12. April 1869. Pasicrisie belge 1870. II. 134. „Zeitschrift für franz. Civilrecht", herausgegeben von Sigismund Puchelt. Mannheim und Strassburg 1875. Bd. 5. S. 16.

nicht vom stricten Wortlaut der L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. ab.

Vollkommen übergangen haben diesen Verpflichtungsgrund des Rathes: das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten, das sächsische bürgerliche Gesetzbuch, das österreichische bürgerliche Gesetzbuch. Letzteres lässt in § 1300. eine Haftung nur aus dem dolos oder durch Sachverständige ertheilten Rath hervorgehen. Auch im deutschen Handelsgesetzbuch ist dieser Haftung keine Erwähnung gethan und das Reichs-Oberhandelsgericht hat ausdrücklich dahin entschieden, dass § 6. Inst. de mandato. III. 26. und L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. nur auf das Creditmandat zu beziehen seien [1]).

Es ist daher m. E. nur zu billigen, wenn der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich § 604. bloss dann eine Verpflichtung aus Rath oder Empfehlung anerkennt, wenn sie arglistig ertheilt waren, „sofern nicht aus einem Vertragsverhältnisse oder aus einer Amtspflicht eine weiter gehende Haftung sich ergiebt".

II.

In enger Verwandtschaft zum Rath steht die Empfehlung oder commendatio.

Letztere hat im Vergleich zum consilium ein specielleres Anwendungsgebiet.

Sie will nicht nur, den Empfänger zu einem gewissen Verhalten bewegen, seine Absicht soll hier vielmehr auf eine näher bezeichnete Person oder Sache gerichtet werden. Das Ziel der commendatio ist Annahme einer bestimmten Person als Contrahenten, der Abschluss eines Rechtsgeschäfts hinsichtlich einer gewissen Sache.

Die Empfehlung erhält somit zweifellos eine concretere Gestalt, als das consilium. Dagegen stehen sich in ihren Rechtswirkungen Rath und commendatio wieder gleich.

An sich unverbindlich [2]) kann auch die Empfehlung gleich

[1]) Entsch. des R. O. H. G. Band 19. S. 198.

[2]) Dieser Grundsatz hat im modernen Recht unbestritten Anerkennung gefunden. Die Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts

dem consilium durch Hinzutritt verpflichtender Momente von aussen her ein klagbares Rechtsverhältniss erzeugen.

Ebenso stimmen auch hinsichtlich dieser Verpflichtungsgründe beide Institute vollkommen überein.

Auch die Empfehlung erzeugt eine Haftung:

1. Wenn sie arglistig ertheilt wird, wobei den eigentlichen Klagegrund der dolus bildet:

> L. 8. Dig. de dolo malo. 4. 3. Gajus: „Quod si cum scires eum facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo judicium dandum est". Desgl. L. 2. in fin. Dig. de proxeneticis. 50. 14.

Das gleiche Princip ist auch für das heutige Recht ganz allgemein anerkannt[1]).

2. Ebenso wird aus Empfehlungen eine Haftung überall da entstehen, wo sie auf Grund einer amtlichen oder vertragsmässigen Verpflichtung erfolgen[2]).

3. Wenn Schadloshaltung bezüglich aller Nachtheile zugesagt ist, welche sich aus der Befolgung der Empfehlung ergeben würden, mithin also ein Garantieversprechen vorliegt. Letzteres kann auch hier in gleicher Weise, wie beim consilium formal — durch stipulatio — oder formlos ertheilt werden.

Die bereits früher erwähnte Richtung der commendatio auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft, auf einen genau bezeichneten Contrahenten, der Mangel jedes eignen Interesses auf Seiten des Empfehlenden lässt sogleich eine Aehnlichkeit dieses Institutes mit dem mandatum aliena tantum gratia erkennen. Daraus ergiebt sich dann zwischen Letzterem und der Empfehlung

---

stellen den Satz auf „dass aus der Empfehlung nicht einmal ein Vertrag entstehe" Bd. 19. S. 198. u. Bd. 22. S. 121. Zugleich wird bestimmt, dass die Empfehlung unter Kaufleuten keine andere Wirkung habe, als unter anderen Personen. Vgl. die citirten Entscheidungen.

[1]) cf. Entsch. des R. O. H. G. Bd. 9. S. 152. Bd. 10. S. 403. Bd. 11. S. 411. Bd. 13. S. 176. Bd. 23. S. 155. Bd. 25. S. 347. Ja sogar die Haftung für culpa lata soll bei Ertheilung einer Empfehlung ausgeschlossen sein.

[2]) Eine solche Amtspflicht zur sorgsamen und umsichtigen Ertheilung von Empfehlungen statuirt das Reichs-Oberhandelsgericht für den Platzagenten: Entsch. des R. O. H. G. Bd. 22. S. 121. ff.

das gleiche Verhältniss, wie zwischen dem mandatum tua tantum gratia und dem Rathe.

Gegen obige Analogie könnte der Einwand erhoben werden, dass die Quellen das mandatum aliena gratia anstandslos für ein klagbares Rechtsinstitut erklären.

> Cf. § 3. Inst. de mandato. III. 26. L. 2. § 2. Dig. mandati 17. 1.

während der nuda commendatio jener Character abgesprochen wird.

> Cf. L. 7. § 10. Dig. de dolo malo. 4. 3. L. 12. § 12. Dig. mandati 17. 1. L. 2. Dig. de proxeneticis. 50. 14. L. 43. § 2. Cod. quod cum eo 4. 26.

Diese in den Quellen hervortretende Unterscheidung ist jedoch eine bloss scheinbare, nicht im Wesen der Sache begründete.

Zunächst stimmt das mandatum aliena gratia darin mit dem mandatum tua gratia überein, dass der Mandant keine actio mandati directa auf Ausführung des Mandats hat, da es sich hier um einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten handelt und ihm jedes eigene Interesse an der Erfüllung mangelt.

Tritt also zum mandatum aliena gratia kein Garantieversprechen hinzu, gelangt der animus obligandi nicht darin zum Ausdruck, dass der Mandant die Haftung für einen guten Erfolg übernimmt, so wüsste ich nicht, wodurch sich ein solches mandatum aliena gratia von einer nuda commendatio unterschiede. Dieser Gesichtspunkt tritt auf's Bestimmteste hervor in L. 12. § 12. Dig. mandati 17. 1. Die Erklärung „commendatum habeas Sextilium Crescentem amicum meum" ist zu Gunsten eines Dritten abgegeben. Wollte man darin ein Mandat erblicken, so könnte es sich nur um ein mandatum aliena gratia handeln. Gleichwohl erklärt Ulpian:

> „Cum quidam talem epistulam scripsisset — — — *non obligabitur mandati,* quia commendandi magis hominis quàm mandandi causa scripta est."

Weshalb nun, so könnte man fragen, tritt hier keine Verpflichtung aus einem klagbaren Mandat ein? Ich glaube, der Grund ist einzig und allein darin zu suchen, dass der Schreiber des fraglichen Briefes keineswegs gewillt ist, für den Ausgang aller mit dem Sextilius Crescens abzuschliessen-

den Rechtsgeschäfte zu haften, und weder ausdrücklich noch concludent sich in dieser Richtung gebunden hat. Durch diesen Mangel eines Garantieversprechens bleibt dann jenes mandatum aliena gratia klaglos d. h. eine nuda commendatio.

Man könnte darauf hinweisen, und das ist auch geschehen[1]), dass in dem erwähnten Falle eine Verpflichtung schon um dessentwillen nicht Platz greifen könne, weil ja keineswegs die Eingehung einer bestimmten Rechtsverbindlichkeit in's Auge gefasst wurde.

Hierbei übersieht man indessen, dass auch ein generell und ganz unbestimmt abgegebenes Garantieversprechen Verpflichtungen erzeugte, wofern nur darüber kein Zweifel vorlag, dass der Garant für den Ausgang aller etwa abzuschliessenden Rechtsgeschäfte wirklich haften wollte.

> Cf. L. 1. § 1. Dig. quod jussu. 15. 4. Ulpian: — — — „Jussum autem accipiendum est, — — — sive specialiter in uno contractu jusserit *sive generaliter:* et ideo et si sic contestatus sit: „Quod *voles* cum Sticho servo meo negotium gere periculo meo", videtur ad omnia jussisse, nisi certa lex aliquid prohibet".

Lag dagegen ein Rath oder eine Empfehlung, ein unverbindliches mandatum tua tantum gratia oder aliena tantum gratia vor, so konnte das rekommandirte Geschäft in allen seinen Einzelheiten noch so genau bestimmt sein, und erzeugte doch keine Verpflichtung, wenn weder ausdrücklich, noch auch concludent eine Garantie zugesagt worden war. Das spricht aus:

> L. 2. Dig. de proxeneticis. 50. 14. Ulpian: „Si proxeneta intervenerit faciendi nominis, ut multi solent, videamus an possit quasi mandator teneri. Et non puto teneri, quia hic monstrat magis nomen quam mandat, tametsi laudet nomen."

Es kann also der Makler noch so speciell auf die Einzelheiten des angepriesenen Rechtsgeschäfts eingehen, so haftet

---

[1]) Lauterbach: Bd. I. Disputatio. LVII. „De consiliis eorumque jure". Cap. IV. th. I. Lynker: „Dispututio inauguralis juridica de commendatione speciali." Cap. I. tit. IV. Besonders aber Nic. de Passeribus: „De scriptura privata". lib. III. quaest. 5. „de litteris commendaticiis".

er, selbst wenn ein solches nur in Folge seiner Bemühungen zu Stande kam, doch nicht für einen günstigen Ausgang, vorausgesetzt, dass er keine Garantie ausdrücklich übernommen hat. Vor der Annahme eines concludenten Garantieversprechens schützt ihn der gewerbsmässige Character seiner Anpreisungen.

Ohne den Hinzutritt eines äusseren verpflichtenden Moments ist demnach das mandatum aliena tantum gratia ganz ebenso wenig im Stande, eine Haftung zu erzeugen, wie das mandatum tua tantum gratia.

Eine grundsätzliche Gleichstellung beider Institute ist schon um dessentwillen unumgänglich, weil sie in unzähligen Fällen völlig zusammenfliessen, und jedenfalls dadurch, dass der Mandant an ihrer Ausführung kein Interesse hat, aus der Reihe der regelmässigen Mandatsformen ausscheiden.

Auch die Quellen haben sich unserer Beobachtung keineswegs verschliessen können, und mehrfach sehen wir, dass zur Erläuterung des mandatum tua gratia Garantieversprechen angeführt werden, welche sich eigentlich als mandata tertii gratia darstellen.

Cf. Gajus III. 156.[1]) § 6. Inst. de mandato. III. 26.

Man beachte doch, wie wenig scharf die in den Quellen für diese Arten des Mandats hervorgehobenen Beispiele einen specifischen Character beider Institute erkennen lassen. Ertheile ich dem Dahrlehnsgeber die Weisung, dem Titius das Geld verzinslich vorzustrecken, so soll das ein mandatum tua gratia sein, während es doch keineswegs ausgeschlossen ist, dass Titius am Zustandekommen selbst eines verzinslichen Darlehns weit mehr interessirt sein kann, als der Darlehnsgeber[2]).

Was die Verpflichtung in beiden Fällen erzeugt, ist das Garantieversprechen des Mandanten. Letzteres allein ist für den obligatorischen Character in allen erwähnten Fällen mass-

[1]) So wenigstens fasst Donellus den citirten § 6. Inst. III. 26. auf. Donellus: „De jure civili“ Lib. XIII. Cap. X. in fin.

[2]) cf. § 5. Inst. de mandato. III. 26. L. 2. § 5. Dig. mandati 17. 1. wo das oben angeführte Rechtsgeschäft gewiss mit viel besserem Grunde als ein mandatum tua et aliena gratia bezeichnet wird. Aber auch der Fall wäre durchaus denkbar, dass es sich als ein mandatum aliena tantum gratia darstellte.

gebend, und jede weitere Scheidung ist, wie aus den angeführten Beispielen zur Genüge erhellt, eine Schulfrage ohne practische Bedeutung.

§ 4. Das Garantiemandat und die actio quod jussu.

Es ist bereits früher darauf hingewiesen worden, dass die Grundlage des formlosen Garantieversprechens per mandatum im jussus zu suchen sei.

In der That setzt die actio quod jussu, wie wir gesehen haben, die Uebernahme einer Garantieverpflichtung begrifflich voraus.

Aber auch in seinen anderen Bedeutungen nähert sich der jussus mehrfach dem Mandat. Mag er die Function eines Befehls haben, mag er uns wie beim Erbschaftsantritte des Gewaltunterworfenen im Gewande einer Ermächtigung erscheinen[1]), überall erweckt und gestattet er den Vergleich mit dem Mandat und in gewissen Richtungen, wie bei der Delegation, führt seine Entwickelung zur engsten Berührung mit der actio mandati.

Es ist andererseits doch sicher auch kein Zufall, dass wir dem Ausdruck jussus gerade dort in den Quellen begegnen, wo zweifellos nur ein Mandat gemeint sein konnte.

> L. 1. § 14. Dig. depositi 16. 3. L. 6. § 6. Dig. mandati 17. 1. L. 6. Dig. quod vi aut clam. 43. 24. L. 108. Dig. de solut. 46. 3.

Kann es unter diesen Umständen auffallen, dass man sich schlechthin des bildsamen und gefügigen Mandats bediente, um die Vorzüge des formlosen Garantievertrages auch auf andere, als mit Gewaltunterworfenen abgeschlossene Rechtsgeschäfte auszudehnen?

Ohnehin war beiden Instituten, dem jussus wie dem Mandat, vieles gemeinsam. — Beide wurden formlos ertheilt.

[1]) Vergleiche in diesem Zusammenhange insbesondere L. 25. §§ 5.—14. Dig. de adquir. vel omitt. hered. 29. 2., wo mandare und jubere in derselben Bedeutung promiscue gebraucht werden.

— Beide waren auf den Abschluss eines anderen Rechtsgeschäfts gerichtet.

Mandant und Jubent standen sich ferner darin gleich, dass sie vor Ausführung der Handlung, welche sie bezweckten, ihre Willenserklärung einseitig ohne jede Rechtswirkung zurückziehen durften[1]).

Sowohl Jubent als auch Mandant konnten verlangen, dass der dritte Contrahent resp. der Mandatar streng die ihm durch den jussus oder das Mandat gezogenen Gränzen einhalte. — L. 3. Dig. quod jussu. 15. 4., desgl. L. 5. § 1. Dig. mandati 17. 1.

Beide Institute, jussus wie Mandat, stimmen überein hinsichtlich der Wirkungen einer nachträglichen Ratihabition[2]).

Unter Abweichung vom Mandat im gewöhnlichen Sinne hat dann insbesondere das Garantiemandat mit dem jussus noch folgende Gleichheiten aufzuweisen:

Beide Institute setzen begrifflich ein ausdrücklich oder concludent abgegebenes Versprechen voraus, für den Ausgang des mit einer anderen Person abgeschlossenen Rechtsgeschäfts oder eines sonstigen selbständigen Unternehmens zu haften.

Bei beiden bildet die causa der Verpflichtung eine einseitige Zusage, ohne dass zugleich für den Garanten ein correspondirender Anspruch auf Ausführung desjenigen Rechtsgeschäfts begründet würde, auf welches sich seine Verpflichtung erstreckt. — Denn gleichwie der Jubent den dritten Contrahenten zur Eingehung des ihm anempfohlenen Vertrages nicht nöthigen kann, so ist auch dem Mandanten jede Möglichkeit benommen, auf Ausführung eines tua oder aliena gratia ertheilten Mandats zu klagen[3]).

Aber auch eine Haftung des Jubenten wie des Mandanten entsteht erst dann, wenn das von ihnen garantirte Unternehmen thatsächlich in Angriff genommen ist.

Bis dahin erzeugen ihre Versprechen keinerlei Verpflichtung,

[1]) L. 1. § 2. Dig. quod jussu. 15. 4. (vergl. damit auch die Wirkung der revocatio des jussus auf den Erbschaftsantritt des Gewaltunterworfenen L. 25. § 14. Dig. de adquir. vel omitt. hered. 29. 2.)

[2]) L. 1. § 6. Dig. quod jussu. 15. 4. Ueber die Ratihabition beim Antritt einer Erbschaft durch den Gewaltunterworfenen vgl. L. 6. § 1. Dig. de adquir. vel omitt. hered. 29. 2.

[3]) Siehe die näheren Ausführungen auf S. 72. ff.

was sich ja auch ganz unzweideutig im freien, einseitigen Widerrufsrecht ausspricht.

Hierzu kommt dann noch die äussere Uebereinstimmung, dass Jubent und Mandant ihren Verpflichtungswillen mit den gleichen Ausdrücken und Wendungen erklären wie „periculo meo crede" etc.

Vgl. L. 1. § 1. Dig. quod jussu. 15. 4., desgl. L. 1. § 14. Dig. depositi 16. 3. L. 12. § 13. Dig. mandati 17. 1. u. a. m.

Dieses Verhältniss gelangt in den Quellen dadurch zum Ausdruck, das wir mehrfach die Bezeichnung mandatum antreffen, wo ganz zweifellos ein jussus gemeint ist:

cf. L. 7. Dig. quod cum eo 14. 5.[1]) und wohl auch umgekehrt L. 6. § 6. Dig. mandati 17. 1.

Es ist somit durchaus folgerecht, wenn andererseits zwischen beiden Instituten kein weiterer Unterschied anerkannt wird, als dass der jussus nur bei Verträgen Gewaltunterworfener zur Anwendung gelange, während das Garantiemandat diese Beschränkung nicht kenne. So die Kaiser Diocletian und Maximian:

L. 9. (8.) Cod. quod cum eo 4. 26: „Si mandator pro filio tuo extitisti vel jussu tuo cum eo quem in potestate tunc habuisti contractum est[2]) — — — — — — — denselben Gedanken spricht aus L. 1. § 3. Dig. quod jussu. 15. 4.

Dass mit dem Garantiemandat ein fremdes, von der bisherigen Entwickelung und Bedeutung des Mandatsbegriffes abweichendes Element in das System dieses bonae fidei Vertrages eindrang, war bereits von den älteren Juristen der klassischen Rechtsperiode richtig gewürdigt worden.

[1]) L. 7. Dig. quod. cum eo 14. 5. Scaevola: „Pater filio permisit mutuam pecuniam accipere et per epistulam creditori mandavit, ut ei crederet: Vgl. meine Besprechung dieser Stelle oben S. 17. 18.

[2]) Das heisst doch wohl: Derselbe Garantie- resp. Bürgschaftsvertrag, welcher in Beziehung auf Deinen emancipirten Sohn als ein Mandat gilt, erscheint als auf jussus beruhend, wenn der Hauptschuldner zur Zeit des Geschäftsabschlusses — tunc — sich noch in Deiner Gewalt befand.

Man legte sich die Frage vor, ob dieser neuen Erscheinung im Rechtsleben, sofern sie eine Verbindung mit dem Mandat erstrebte, überhaupt eine juristische Bedeutung beizumessen sei.

Diesen Standpunkt nahm, wie uns Gajus III. 156. berichtet, Servius Sulpicius ein, indem er dem Mandat: „ut Titio pecuniam faenerares" jeden obligirenden Character schlechtweg absprach.

Wie es scheint, trat als Erster mit einer entschiedenen Ansicht zu Gunsten des Garantiemandats Sabinus hervor:

> Gajus III. 156: — — — „quaeratur an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares. (Sed) Servius negavit; nec magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret. (Sed) sequimur Sabini opinionem contra sentientis, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset." Vgl. damit § 6. Inst. de mandato. III. 26.

Die Begründung freilich, auf welche sich diese fortgeschrittenere Auffassung stützt, ist sehr wenig befriedigend. Ihre Mängel sind indessen von mir bereits früher eingehend erörtert worden[1]).

Dass aber diese Stellungnahme des Sabinus eine ausschlaggebende geworden ist, kann nicht bezweifelt werden.

Der Proculianer Celsus, welcher im siebenten Buch seiner Digesten das Mandat eingehender behandelte, spricht sich mit Bestimmtheit für die Giltigkeit des Mandats „ut Titio credas" oder „ut pro Sejo intervenias" aus[2]). Gleichwohl verursacht doch auch ihm das mandatum tua tantum gratia, selbst mit Hinzufügung eines Garantieversprechens noch Schwierigkeiten. An einer anderen Stelle desselben Digestenbuches, die uns L. 48. § 2. Dig. mandati 17. 1. überliefert, sagt er:

> „Ceterum, ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est ut cuivis credas, tu recipias usuras, *periculum* dumtaxat *ad me pertineat*, jam *extra mandati formam est*, quemadmodum si mandem ut mihi quemvis fundum emas."

[1]) Siehe oben S. 53. 54.

[2]) L. 6. §. 4. Dig. mandati 17. 1.

Eine Haftung für das übernommene periculum erkennt Celsus offenbar an, zögert aber trotzdem, dieses Rechtsverhältniss äusserlich als ein Mandat gelten zu lassen — jam extra mandati formam est.

Die Schlussworte der citirten Stelle „quemadmodum si mandem, ut mihi *quemvis* fundum emas" zeigen an, dass jene Unbestimmtheit und mangelnde Begränztheit des Mandats bei Celsus die gleichen Bedenken erregte, die wir bereits bei Servius Sulpicius wahrnahmen. Später dürfte man beim ganz unzweifelhaften Vorhandensein eines Garantiemandats diese Erwägungen schwerlich getheilt haben.

Ueberhaupt bin ich der Meinung, dass die volle Anerkennung des mandatum aliena gratia und seine Einordnung in das Mandatssystem weit weniger Schwierigkeiten verursachte, als solches mit dem mandatum tua tantum gratia der Fall war.

Das erklärt sich einmal durch die bereits früher erwähnte concretere Fassung des Ersteren, worauf in den Quellen entschiedenes Gewicht gelegt wird, und sodann durch seine häufige und später ganz allgemeine Verwerthung zu Bürgschaftszwecken. Hierauf wird jedoch in einem anderen Zusammenhang nochmals zurückzukommen sein.

Es ist daher ganz begreiflich, wenn Gajus dieses Institut ohne Bedenken den übrigen klagbaren Mandaten beiordnet und eine äussere Scheidung hier gar nicht mehr hervortreten lässt.

L. 2. § 2. Dig. mandati 17. 1. Gajus III. 155. § 3. Inst. de mandato. III. 26.

Einen weiteren Fortschritt in der angegebenen Richtung bahnt Ulpian an.

Die wesentliche Abweichung des Garantiemandats von den regelmässigen Mandatsformen erkennt er darin, dass der Mandant bei dem Ersteren kein eigenes Interesse an der Ausführung habe. Indem er sich in der Beurtheilung des Mandats: „ut Titio credas"[1]) auf die bereits erwähnte Autorität des Celsus stützt, gelangt er hinsichtlich des mandatum tua gratia zu einer bestimmteren Stellung, welche über derjenigen seines Gewährsmannes hinausliegt.

---

[1]) cf. L. 6. §§ 4. 5. Dig. mandati 17. 1.

Ulpian ist der Ansicht, dass wenn zu einem mandatum tua tantum gratia ein Garantieversprechen hinzutrete, daraus nicht nur, wie ja auch Celsus anerkennt, ein obligirendes Rechtsverhältniss hervorgehe, sondern dass dieses Letztere auch eine actio mandati erzeuge, mithin sich äusserlich als Mandat darstelle:

> L. 1. § 14. Dig. depositi 16. 3. — — — — — „si vero suaseris mihi, ut magis apud eum (sc. libertum tuum) deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo depositi actio est: *nec mandati teneris, quia rem meam gessi.* Sed si mandasti mihi, *ut periculo tuo* apud eum deponam, *cur non sit mandati actio,* non video."

Dasselbe besagt auch die bereits früher eingehend besprochene L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. u. a. m.

Mit dieser von Ulpian vertretenen Lehre ist dann der im ganzen späteren Recht eingenommene Standpunkt gewonnen.

Hier endlich haben wir auch die Frage zu beantworten, weshalb die Quellen nicht, anstatt sich an das Mandat zu halten, das ältere Institut des jussus aus seiner Beschränkung auf Geschäfte der Gewaltunterworfenen hervorzogen und ihm eine allgemeine Anwendung gaben. Diese Frage liegt um so näher, als der jussus, wie wir gesehen haben, alle Erfordernisse eines formlosen Garantievertrages in sich barg. In der That ist auch von den Gegnern[1]) unserer Theorie auf diesen Punkt mehrfach hingewiesen worden.

Es genügt ein Blick auf die Entwickelung des Bürgschaftsvertrages beim Aufkommen des Garantiemandats, um die geltend gemachten Zweifel alsbald zu zerstreuen.

Die fidejussio hatte dem Princip der bona fides zuerst Raum gegeben, indem sie die Regressklage des Bürgen nach den formlosen Regeln des Mandats gestaltete.

[1]) So statt anderer Mandry: „Das gemeine Familiengüterrecht." Bd. II. S. 578. „Dagegen könnte sich immerhin fragen, warum nicht die römische Jurisprudenz statt für die Fälle des Creditauftrages die actio mandati zuzulassen, dem Bedürfnisse durch erweiterte Zulassung der actio quod jussu entsprochen habe? Eine ausreichende Erklärung dieses Umstandes aber ist kaum zu geben, wenn der jussus Verpflichtungserklärung dem dritten Contrahenten gegenüber ist."

führung des unter Garantie gestellten Rechtsgeschäftes hervorzugehen vermag.

Behalten wir aber dieses im Auge, so lässt sich nach dem Inhalt der citirten lex auch in der Behandlung der Klage eine fortschreitende Verschmelzung des formlosen Indemnitätsversprechens mit dem Mandatssystem nicht verkennen.

Sabinus erwähnt beim mandatum: „ut Titio pecuniam faenerares" einer dem Mandanten zustehenden Klage noch mit keinem Worte.

Ihm kommt es zunächst nur darauf an, festzustellen, dass der Mandatar dem Mandanten gegenüber einen Anspruch auf Schadloshaltung habe. Gajus III. 156. § 6. Inst. de mandato. III. 26.

Weiter geht hierin Celsus. Er berücksichtigt, dass ja auch der Garant nach der Ausführung desjenigen Rechtsgeschäftes, welches er unter seine Garantie genommen hatte, gegen den Mandatar ex fide bona Ansprüche — z. B. auf Cession von Klagen und Rechten gegen den Hauptschuldner — haben könne, und dass diese durch eine actio zu sichern angemessen sei.

Es würde dem ganzen römischen Klagenprincip und der gesammten bisher dargestellten Entwickelung des Garantiemandats durchaus widersprechen, wollte man, wie das unbegreiflicher Weise geschehen ist, in der von Celsus erwähnten Klage eine auf Ausführung des Mandats gerichtete actio mandati directa erblicken, obwohl ausdrücklich erklärt ist, der Mandant habe daran kein Interesse[1]).

---

[1]) In erster Linie hat Ihering — „Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn", Jahrb. für Dogmatik. Bd. 18. S. 64. ff. — das citirte Fragment in dem hier angefochtenen Sinne verwerthen wollen, um damit seine abweichende Interessenlehre zu stützen. Es liegt aber durchaus keine Veranlassung vor, die eventuelle Klage des Mandanten mit dem Satze: „quia mandato non est obtemperatum" zu motiviren, während er an der Klagencession seitens des Mandatars doch zweifellos ein Vermögensinteresse hat.

Ebensowenig dürfte es Ihering gelingen, L. 8. § 4. Dig. eod. tit. seinen Zwecken dienlich zu machen.

Mehrere Tutoren haben dem einen Contutor den Auftrag ertheilt, dem Pupillen einen Sclaven zu kaufen. Dieses Mandat ist unerfüllt ge-

pflichtungen erwachsen müssen. So lange noch von keiner Seite zur Erfüllung geschritten ist, wird solches kaum zutreffen. Nichts desto weniger entsteht unmittelbar nach Abschluss des Vertrages „ultro citroque" eine „actio", jedoch zunächst rein potentiell, und erst im Falle einer Rechtsverletzung tritt der Anspruch in ein actuelles Stadium.

Von diesem Standpunct aus haben wir die in L. 6. § 4. Dig. mandati 17. 1. cit. erwähnte actio des Mandators zu beurtheilen.

Dass aber Celsus die actio mandati contraria des Gläubigers entsprechend dem rechtlichen Character des Intercessionsmandats in den Vordergrund stellte[1]), unterliegt keinem Zweifel und ergiebt sich mit Sicherheit aus der Anwendung der tempora: „ego tibi *sum* (sc. statim) obligatus" und im Gegensatz hierzu: „*erit* mihi tecum mandati actio" (sc. eventuell, d. h. im Falle einer Verletzung meines Rechts)[2]).

Aus diesem selbständigen Wesen des Garantiemandats als Obligation im Vergleich zu der Gebundenheit des jussus an die Hauptverpflichtung folgt auch naturgemäss eine ganz abweichende rechtliche Stellung der betheiligten Subjecte.

Der Mandator ist Gläubiger in zwei von einander ganz unabhängigen Verpflichtungsverhältnissen mit dem Hauptschuldner und dem Garanten. An diese beiden Obligationen schliessen sich zwei ebenso selbständige Actionen, die der Gläubiger bis zu seiner völligen Befriedigung nach Belieben hinter einander oder gleichzeitig anstellen kann. Es steht ihm demnach frei, mit der einen stets nachzufordern, was er mit der anderen nicht erreichte, bis die Tilgung seines Anspruches aus einer Klage oder aus beiden zusammen erfolgt ist:

---

[1]) Auch darauf wäre zu verweisen, dass Ulpian das Garantiemandat im Anschluss an die actio mand. contr. behandelt cf. L. 12. § 7. Dig. mandati 17. 1. „Contrario judicio experiuntur, qui mandatum susceperunt", und nachdem bis § 11. nur Fälle des contr. judic. behandelt sind, kommt in §§ 11. 12. 13. 14. 15. das Garantiemandat an die Reihe.

[2]) Vgl. hiermit die näheren Ausführungen über Verträge und Verpflichtungen bei Pernice: „Parerga". III. Weimar. 1888. S. 250., ebenso Pernice: „Labeo." II. S. 315. und endlich auch Brinz: „Lehrbuch der Pandecten." 2. Aufl. Bd. II. S. 57., der indessen mir etwas zu weit geht.

L. 60. pr. Dig. mandati 17. 1. Scaevola: „Creditor mandatorem convenit: is condemnatus provocavit: quaerendum est, an manente appellatione debitor a creditore conveniri potest. Respondi posse.

Dasselbe spricht aus Julian:

L. 13. Dig. de fidej. et mand. 46. 1.: „Si mandatu meo Titio decem credideris et mecum mandati egeris, non liberabitur Titius: sed ego tibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. Item si cum Titio egeris, ego non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.

Hiermit stimmt fast wörtlich überein die von Gajus herrührende L. 27. § 5. Dig. mandati 17. 1., vgl. ferner L. 28. Dig. eod. tit. L. 41. § 1. und L. 52. § 3. Dig. de fidej. et mand. 46. 1. L. 23. Cod. de fidej. et mand. 8. 40. (41.)

Dagegen wird, wie wir gesehen haben, beim jussus eine besondere Obligation zwischen dem dritten Contrahenten und Jubenten nicht begründet. Die Klage gegen Letzteren schliesst sich an die mit dem Gewaltunterworfenen eingegangene Obligation.

Diese kann somit electiv durch zwei Klagen geltend gemacht werden, wobei indessen durch die Anstellung der einen die andere consumirt wird.

Noch grösser sind die Vorzüge, welche das Garantiemandat dem Mandanten im Vergleich zum Jubenten gewährt.

Der Mandant kann verlangen, dass der Mandatar bei der Ausführung des garantirten Unternehmens mit aller Sorgfalt und gemäss den an ihn ergangenen Weisungen verfahre. L. 95. § 11. Dig. de solut. 46. 3. L. 7. Cod. de fidej. et mand. 8. 40. (41.)

Hat aber der Mandatar von der ihm durch den Garanten gebotenen Sicherheit Gebrauch gemacht und ihn nachher in Anspruch genommen, so kann dieser verlangen, dass ihm dafür sämmtliche Vortheile und Ansprüche aus dem garantirten Unternehmen abgetreten werden, insbesondere alle Klagen, welche dem Mandatar aus dem mandirten Rechtsgeschäft gegen den Hauptschuldner zustehen.

Cf. L. 27. § 5. L. 28. Dig. mandati 17. 1. L. 13. Dig. de fidej. et mand. 46. 1. L. 95. § 10. Dig. de solut. 46. 3.

Die hier erwähnten Vorzüge stehen dem Jubenten nicht zu; einmal weil der jussus überhaupt keine selbständigen, von der Obligation des Gewaltunterworfenen abweichenden rechtlichen Beziehungen zum dritten Contrahenten erzeugt, sodann weil durch Anstellung der actio quod jussu die Klage gegen den Gewaltunterworfenen consumirt wird und endlich weil bei der Unmöglichkeit einer civilis obligatio zwischen dem Jubenten und dem Hauptschuldner eine Cession irgend welcher Klagen unwirksam wäre.

THESEN:

I.

Die Klagentheilung auf Grund des auxilium divisionis ex epistula divi Hadriani fand nach klassischem Recht vor dem Praetor in jure statt.

II.

Der Ausdruck „ipso jure compensatur“ hat eine processuale Bedeutung und bezieht sich auf die Compensation vor dem Praetor in jure.

III.

Hinsichtlich der accessio temporis hat das justinianische Recht keine präcise Scheidung zwischen dem interdictum utrubi und der usucapio aufzuweisen cf. L. 13. § 5. Dig. de adquir. vel amitt. poss. 41. 2.

IV.

Der Schlusssatz der L. 32. Dig. mandati 17. 1. von: „Et in summa quicunque etc. an ist als interpolirt anzusehen.

V.

Schon vor Diocletian erlangte der Schuldner durch „depositio in aede“ Befreiung von jeder Klage. (cf. L. 1. § 36. Dig. depositi 16. 3.) Daher ist es zu bezweifeln, dass L. 19. § 4. Cod. de usuris. 4. 32. eine Neuerung einführte.

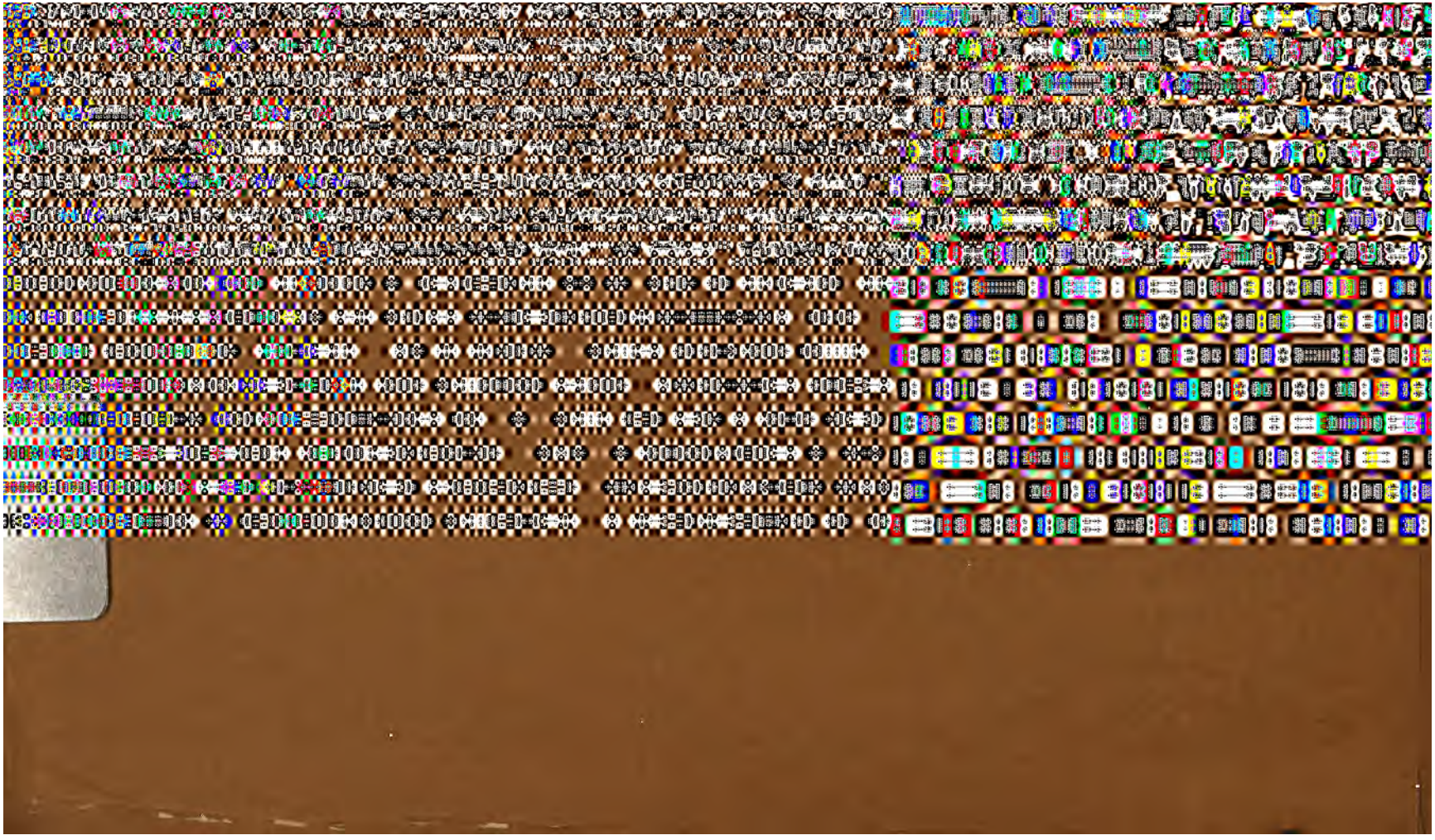
VI.

In der Normirung der bona fides bei der Ersitzung vertritt das Provinzialrecht die sog. Redlichkeitstheorie.

VII.

Nach dem Provinzialrecht hinterlässt die Verjährung einer obligatorischen Klage eine Naturalobligation mit beschränkter Wirkung.

VIII.

In der Lehre von der Eviction beim Kaufvertrage steht das russische Privatrecht auf dem Boden des älteren klassischen Rechts, in so fern eine Haftung nur auf Grund besonderer Vereinbarung Platz greift.

Ew20.